

Aviso nº 344 - GP/TCU

Brasília, 16 de maio de 2024.

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para ciência, cópia do Acórdão nº 629/2024 (acompanhado dos respectivos Relatório e Votos) proferido pelo Plenário desta Corte de Contas, na Sessão Extraordinária de 9/4/2024, ao apreciar os autos do TC-033.879/2018-4, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

O mencionado processo trata de tomada de contas especial instaurada mediante a conversão de representação relativa à operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. pela BNDESPar e sua posterior incorporação pela empresa JBS S.A.

Atenciosamente,

(Assinado eletronicamente)

MINISTRO BRUNO DANTAS
Presidente

A Sua Excelência o Senhor
Deputado Federal JOSEILDO RAMOS
Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle
Câmara dos Deputados
Brasília - DF

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC 033.879/2018-4 [Apenso: TC 034.935/2015-0].

Natureza: Tomada de Contas Especial.

Órgãos/Entidades: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Bndes Participações S.A.

Responsáveis: Alessandro Golombiewski Teixeira (656.147.550-04); Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes (087.781.287-06); André Luiz Barreto de Paiva Filho (563.915.520-53); André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes (071.918.857-18); Armando Mariante Carvalho Junior (178.232.937-49); Bruno Fraga Leal (850.465.406-06); Bruno Lintz dos Santos (088.497.847-83); Caio Britto de Azevedo (021.491.517-40); Caio Marcelo de Medeiros Melo (376.763.691-34); Carlos Eduardo Castello Branco (405.878.277-34); Carlos Eduardo Esteves Lima (474.292.406-15); Carlos Roberto Lopes Haude (659.240.027-72); Carlos Roberto Lupi (434.259.097-20); Charles Carvalho Guedes (539.600.681-15); Clara Levin Ant (646.409.658-34); Claudio Bernardo Guimarães de Moraes (761.155.427-15); Claudio Figueiredo Coelho Leal (551.703.740-20); Claudio de Almeida Neves (033.228.827-72); Cleber Ubiratan de Oliveira (501.953.366-15); Eduardo Eugenio Gouvea Vieira (008.564.287-87); Eduardo Klingelhofer de Sá (820.120.087-04); Eduardo Rath Fingerl (373.178.147-68); Elvio Lima Gaspar (626.107.917-04); Erenice Alves Guerra (185.697.731-53); Ernani Teixeira Torres Filho (439.505.587-72); Fabio Sotelino da Rocha (550.305.807-00); Fernanda Farah de Abreu Zorman (895.017.997-00); Fernando Americo de Rezende Neto (441.314.617-49); Fernando Damata Pimentel (129.845.316-04); Gil Bernardo Borges Leal (548.421.157-34); Ishai Waga (532.762.307-63); Ivan João Guimarães Ramalho (280.080.578-15); Jaldir Freire Lima (244.727.001-15); Jbs S.A. (02.916.265/0001-60); Joesley Mendonca Batista (376.842.211-91); Jorge Kalache Filho (178.165.217-15); Jorge Luiz Sozzi de Moraes (238.880.407-87); Jose Claudio Rego Aranha (261.866.247-49); João Carlos Ferraz (230.790.376-34); João Paulo dos Reis Velloso (019.687.267-72); Júlio Cesar Maciel Ramundo (003.592.857-32); Leticia Lourenco Costa (333.709.758-82); Luciano Galvão Coutinho (636.831.808-20); Luciano Siani Pires (013.907.897-56); Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva (691.850.857-15); Luiz Fernando Linck Dorneles (172.592.310-68); Marcio Duarte de Medeiros (070.768.147-22); Maria Isabel Rezende Aboim (385.012.797-49); Mariane Sardenberg Sussekind (437.490.037-34); Mario Jose Soares Esteves Filho (592.276.997-91); Martim Ramos Cavalcanti (835.779.201-49); Mauricio Borges Lemos (165.644.566-20); Miguel João Jorge Filho (024.842.858-68); Nelson Fontes Siffert Filho (770.209.607-15); Paulo Bernardo Silva (112.538.191-49); Paulo Todescan Lessa Mattos (188.745.248-62); Pedro Luiz Carneiro de Mendonça (038.794.701-97); Priscila Tavares Camacho Bak (079.824.797-58); Rafael Petrocelli (293.729.618-17); Reginaldo Braga Arcuri (197.796.666-72); Renata Bastos Maccacchero Victor (024.899.207-40); Renata Moustapha Correa (082.497.447-64); Renato Francisco Martins (361.028.737-34); Ricardo Luiz de Souza Ramos (804.112.237-04); Ricardo Schaefer (507.857.450-68); Roberto Teixeira da Costa (007.596.358-20); Roberto Zurli Machado (600.716.997-91); Rodrigo Rabelo Tavares Borba (088.705.347-58); Selmo Aronovich (574.154.206-91); Sergio Eduardo Weguelin Vieira (483.591.067-20); Sergio Foldes Guimaraes (014.873.977-63); Sergio Jose Suarez Pompeo (094.449.797-76); Thereza Cristina Nogueira

de Aquino (312.957.707-68); Wagner Bittencourt de Oliveira (337.026.597-49); Yolanda Maria Melo Ramalho (376.387.187-04); Álvaro Oliveira de Freitas (805.593.447-91).

Representação legal: Representação legal: Douglas Lemos Milani (OAB/RJ 212.900-E), Alexandre Ferreira da Costa Maia (OAB/RJ 216.714-E) e outros, representando Sergio Foldes Guimaraes; Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370), André Uryn (OAB/RJ 110.580) e outros, representando Cleber Ubiratan de Oliveira; Guilherme Augusto Ferreira Fregapani (OAB/DF 34.406), Maria Clara Espindola de Queiroz e outros, representando Roberto Teixeira da Costa; André Uryn (OAB/RJ 110.580), representando Fernanda Farah de Abreu Zorman; Carina Gallardo Rey (OAB/RJ 132.226), Melissa Monte Stephan (188.596 OAB/RJ) e outros, representando Jaldir Freire Lima; Maria Luisa Wiltgen Guimaraes Junqueira (OAB/RJ 173.562), Victor Aguiar Jacuru (OAB/RJ 174.458) e outros, representando Bruno Lintz dos Santos; André Uryn (OAB/RJ 110.580), representando Renato Francisco Martins; Pedro Augusto Machado Cortez (OAB/SP 24.432), Renata Foizer Silva Manzoni (OAB/CE 23.602) e outros, representando Paulo Todescan Lessa Mattos; André Uryn (OAB/RJ 110.580), representando Jose Claudio Rego Aranha; Alessandra Martins Gualberto Ribeiro (OAB/DF 37.838), Louise Dias Portes (OAB/RJ 203.612) e outros, representando Elvio Lima Gaspar; Grazielle Fernandes Pettene, Denilson Ribeiro de Sena Nunes (OAB/RJ 96.320) e outros, representando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - Bndes; Elias Candido da Nobrega Neto (OAB/DF 71.601), representando João Carlos Ferraz; Eugenio Jose Guilherme de Aragao (OAB/DF 4.935), Gean Carlos Ferreira de Moura Aguiar (OAB/DF 61.174) e outros, representando Alessandro Golombiewski Teixeira; Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370), André Uryn (OAB/RJ 110.580) e outros, representando Luiz Fernando Linck Dorneles; Maria Luisa Wiltgen Guimaraes Junqueira (OAB/RJ 173.562), Demian da Silveira Lima Guedes (OAB/RJ 114.507) e outros, representando Fernando Americo de Rezende Neto; André Uryn (OAB/RJ 110.580) e Daniella Felix Teixeira, representando Jorge Kalache Filho; Elísio de Azevedo Freitas (OAB/PE 18.596), representando Rodrigo Rabelo Tavares Borba; André Uryn (OAB/RJ 110.580), representando Wagner Bittencourt de Oliveira; Adailton da Rocha Teixeira (OAB/DF 19.283), representando Carlos Eduardo Esteves Lima; Wilson Sampaio Sahade Filho (OAB/DF 22.399), Fernando Luis Coelho Antunes (OAB/DF 39.513) e outros, representando Joesley Mendonca Batista; Felipe Lima Araújo Romero (OAB/RJ 215.001), Andre Souza Viali (OAB/DF 57.350) e outros, representando Julio Cesar Maciel Ramundo; Lauro Luiz Studart Leao (OAB/RJ 12.1055), representando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Stephanie Cirilo Lemos, Alexandre Ricardo Ferreira da Silva e outros, representando Jbs S.A.; Eugenio Jose Guilherme de Aragao (OAB/DF 4.935), Celio Junio Rabelo de Oliveira (OAB/DF 54.934) e outros, representando Fernando Damata Pimentel; Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370), André Uryn (OAB/RJ 110.580) e outros, representando Armando Mariante Carvalho Junior; Elísio de Azevedo Freitas (OAB/PE 18.596), representando Leticia Lourenco Costa; Marta de Castro Meireles (OAB/RJ 130.114) e Ivan Ribeiro dos Santos Nazareth (OAB/RJ 121.685), representando Sergio Jose Suarez Pompeo; Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370), André Uryn (OAB/RJ 110.580) e outros, representando

Eduardo Coutinho Guerra; Eugenio Jose Guilherme de Aragao (OAB/DF 4.935), Gean Carlos Ferreira de Moura Aguiar (OAB/DF 61.174) e outros, representando Paulo Bernardo Silva; Ana Paula Martins Oliveira, Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370) e outros, representando Eduardo Rath Fingerl; Eugenio Jose Guilherme de Aragao (OAB/DF 4.935), Celio Junio Rabelo de Oliveira (OAB/DF 54.934) e outros, representando Guido Mantega; Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370), André Uryn (OAB/RJ 110.580) e outros, representando André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes; André Uryn (OAB/RJ 110.580), representando Fabio Sotelino da Rocha; André Uryn (OAB/RJ 110.580), representando Jorge Luiz Sozzi de Moraes; Livia Oliveira Lino (OAB/RJ 240.214), representando Renata Bastos Maccacchero Victor; Pedro Jose de Almeida Ribeiro (OAB/RJ 163.187), Denilson Ribeiro de Sena Nunes (OAB/RJ 96.320) e outros, representando Caio Britto de Azevedo; Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370), André Uryn (OAB/RJ 110.580) e outros, representando Marcio Duarte de Medeiros; Alessandra Martins Gualberto Ribeiro (OAB/DF 37.838), Louise Dias Portes (OAB/RJ 203.612) e outros, representando Miguel João Jorge Filho; Eugenio Jose Guilherme de Aragao (OAB/DF 4.935), Alisson Emmanuel de Oliveira Lucena (OAB/PE 37.719) e outros, representando Carlos Roberto Lupi; Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370), André Uryn (OAB/RJ 110.580) e outros, representando Caio Marcelo de Medeiros Melo; Grazielle Fernandes Pettene, Denilson Ribeiro de Sena Nunes (OAB/RJ 96.320) e outros, representando Bndes Participações S.A.; Elias Candido da Nobrega Neto (OAB/DF 71.601), representando Luciano Galvão Coutinho; Elias Candido da Nobrega Neto (OAB/DF 71.601), representando Mauricio Borges Lemos; Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370), André Uryn (OAB/RJ 110.580) e outros, representando Eduardo Eugenio Gouvea Vieira; Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370), André Uryn (OAB/RJ 110.580) e outros, representando Ricardo Schaefer; André Uryn (OAB/RJ 11.0580), representando Rafael Petrocelli; Francisco Augusto da Costa e Silva (OAB/RJ 21.370), André Uryn (OAB/RJ 110.580) e outros, representando Claudio de Almeida Neves.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OPERAÇÃO DE APOORTE DE CAPITAL DA BNDESPAR NA EMPRESA BERTIN E POSTERIOR INCORPORAÇÃO DESSA EMPRESA PELA JBS S.A. CITAÇÕES E AUDIÊNCIAS. EXCLUSÃO DE RESPONSÁVEIS DO ROL. ACOLHIMENTO DE ALEGAÇÕES DE DEFESA E RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. CONTAS REGULARES.

RELATÓRIO

Tratam os autos de tomada de contas especial autuada por determinação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, em razão de irregularidades na operação de apoio financeiro da BNDESPar à empresa Bertin e sua posterior incorporação à empresa JBS S.A., materializada no aporte de capital mediante a aquisição de participação acionária da instituição financeira.

2. O referido acórdão foi vazado nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação instaurada em decorrência do item 9.3 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 pelo BNDESPar à empresa JBS, com o objetivo de permitir a essa última adquirir e incorporar a empresa Bertin S/A, a qual já havia sido beneficiada com uma operação de apoio financeiro específica, cujos indícios de irregularidades também encontram-se sob apreciação no presente processo;

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, pessoas físicas e jurídica, elencados nos itens 9.4.1, 9.4.2 e 9.4.3, 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\$ 670.000.000,00 (seiscentos e setenta milhões de reais), atualizado monetariamente a partir de 23/12/2008, valor este equivalente ao valor histórico do dano estimado nos autos na referida data de origem (conforme Seção VIII do voto que fundamenta este acórdão), consistente na perda de valor observado no investimento realizado na empresa Bertin S/A, modalidade renda variável, por meio da aquisição de ações da referida empresa, no valor original total aproximado de R\$ 2,5 bilhões (dois bilhões e quinhentos milhões de reais), pelas razões também elencadas nos itens 9.4.1, 9.4.2 e 9.4.3, abaixo;

9.4.1. Eduardo Rath Fingerl, José Claudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Bruno Lintz dos Santos, Fabio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Fernando Americo de Rezende Neto, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, Rafael Petrocelli e Renato Francisco Martins por terem analisado e proposto a aprovação da operação de apoio financeiro à Bertin S/A, na modalidade renda variável, no valor de até R\$ 2,5 bilhões, por meio da elaboração do relatório de análise AMC/DEIMV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 que continha as falhas e irregularidades descritas na Seção V do voto que fundamenta este acórdão, e, com isso, dado causa ao referido dano ao patrimônio do BNDES, relatório esse:

9.4.1.1. elaborado em tempo exíguo, 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, com falta de zelo com os recursos públicos, demonstrada na ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos, já que o Plano de Negócios apresentado para respaldar a operação não indicava onde efetivamente os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto e o objeto social da BNDESPAR, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, mas

também as circunstâncias que os cercavam, com descumprimento dos arts. 153; 154, §2º, “a”; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.2. que não continha um levantamento apropriado do endividamento da recém-criada Bertin S/A, com descumprimento do disposto nos arts. 153; 154, §2º, “a”; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.3. 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 com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA, com descumprimento não só da missão do BNDES e de seus valores, insculpidos no art. 3º do seu Estatuto Social, c/c art. 4º, II, do Estatuto Social da BNDESPAR, mas também do disposto nos arts. 153; 154, §2º, “a”; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.4. que propunha a realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira - conforme se poderia constatar por meio de análise dos demonstrativos financeiros da companhia, procedimento esse necessário quando se trata de aquisição de participação acionária em outras empresas –, que redundou em operação financeira de elevado risco, o que constitui gestão temerária dos recursos da BNDESPAR, com descumprimento dos arts. 153; 154, §2º, “a”; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.5. que, embora a empresa Bertin, por ocasião da participação societária promovida pelo BNDES, já tivesse ultrapassado o limite máximo de exposição à referida companhia em pelo menos R\$ 207.069.710,00, expondo o BNDES a desnecessário risco financeiro, propunha a realização da operação, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, §2º, “a”; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 e a Resolução 1318/2006-BNDES;

9.4.2. Luciano Galvão Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira e Jorge Kalache Filho por terem aprovado, por meio da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008, a operação de apoio financeiro a Bertin S/A, na modalidade de renda variável, no valor de até R\$ 2,5 bilhões, com base no Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008, que apresentava as falhas e irregularidades descritas nos itens 9.4.1.1 a 9.4.1.5, retro (detalhadas na Seção V do voto que fundamenta este acórdão), sem proceder à devida análise crítica, e, com isso, dado causa ao referido dano ao patrimônio do BNDES;

9.4.3. empresa JBS S/A, CNPJ nº 02.916.265/0001-60, como sucessora da empresa Bertin S/A (favorecida pelas condutas irregulares descritas e beneficiária do valor pago a maior por suas ações pelo BNDESPAR) em todos os direitos e obrigações, nos termos da legislação então em vigor, em razão da aquisição e incorporação dessa última em dezembro de 2009, conforme apontado na Seção VI, *in fine*, do voto que fundamenta este acórdão, conforme previsto no art. 16, §2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992 e no § 5º, *caput* e inciso II, do art. 209 da Regimento Interno deste Tribunal;

9.5. autorizar a audiência dos responsáveis, pessoas físicas, elencados nos itens 9.6.1 e 9.6.2, abaixo, com fundamento nos arts. 11 e 43, inciso II, da Lei 8.443/91 e art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, para que, no prazo de 90 (noventa) dias, apresentem razões de justificativa pelas irregularidades abaixo indicadas, observadas no âmbito do projeto 1742853.0001/2008, referente à participação acionária da BNDESPAR na Bertin S/A:

9.5.1. Caio Britto de Azevedo, CPF 021.491517.40, Priscila Tavares Camacho Bak, CPF 079.824.797-58, e Renata Moustapha Correa, CPF 082.497.447.64, que, como signatários da Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, recomendaram a operação de apoio financeiro a Bertin S/A, na modalidade de renda variável, para aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais e capital de giro, mediante a Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, elaborada em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da

complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, com ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira (conforme descrito nas Seções III e IV do voto que fundamenta este acórdão), em descumprimento não só do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES, seus valores, insculpidos no art. 3º do Estatuto Social do banco, c/c art. 4º, II, do Estatuto da BNDESPAR, mas também do disposto nos arts. 153; 154, §2º, “a”; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76;

9.5.2. Carlos Roberto Lopes Haude, CPF 659.240.027-72, Claudio Bernardo Guimaraes de Moraes, CPF 761.155.427-15, Ernani Teixeira Torres Filho, CPF 439.505.587-72, Fabio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Gil Bernardo Borges Leal, CPF 548.421.157-34, Ishai Waga, CPF 532.762.307-63, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Julio Cesar Maciel Raimundo, CPF 003.592.857-32, Luciano Siani Pires, CPF 013.907.897-56, Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, Mariane Sardenberg Sussekind, CPF 437.490.037-34, Mario Jose Soares Esteves Filho, CPF 592.276.997-91, Paulo Todescan Lessa Mattos, CPF 188.745.248-62, Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Selmo Aronovich, CPF 574.154206-91, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, CPF 312.957.707-68, Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04, acolheram, na 135ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito – CEC, a proposta de recomendação de apoio financeiro a Bertin S/A, na modalidade de renda variável, para a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais e capital de giro, constante da Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, elaborada em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, com ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira (conforme descrito nas Seções III e IV do voto que fundamenta este acórdão), em descumprimento não só do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES, seus valores, insculpidos no art. 3º do Estatuto Social do banco, c/c art. 4º, II, do Estatuto da BNDESPAR, mas também do disposto nos arts. 153; 154, §2º, “a”; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76;

9.6. determinar à SecexEstataisRJ que:

9.6.1. proceda a nova análise da conduta dos membros do conselho fiscal do BNDES/BNDESPar, relativamente a cada uma das duas operações tratadas nos presentes autos, identificando, mantidos os padrões já estabelecidos quando da análise da responsabilidade dos referidos colegiados no TC 034.932/2015-1, eventuais responsabilidades, pela ausência de cumprimento dos deveres inerentes ao cargo, pelos dois danos identificados nas Seções V/VIII e IX do voto que fundamenta este acórdão;

9.6.2. proceda a nova análise da conduta dos membros do conselho de administração do BNDES/BNDESPar, relativamente a cada uma das duas operações tratadas nos presentes autos, identificando, mantidos os padrões já estabelecidos quando da análise da responsabilidade dos referidos colegiados no TC 034.932/2015-1, eventuais responsabilidades, pela ausência de cumprimento dos deveres inerentes ao cargo, pelos dois danos identificados nas Seções V/VIII e IX do voto que fundamenta este acórdão;

9.6.3. proceda a nova análise da conduta dos membros do comitê de auditoria do BNDES/BNDESPar, relativamente a cada uma das duas operações tratadas nos presentes autos, identificando, mantidos os padrões já estabelecidos quando da análise da responsabilidade do referido comitê no TC 034.932/2015-1, eventuais responsabilidades, pela ausência de cumprimento

das funções que lhes cabiam, pelos dois danos identificados nas Seções V/VIII e IX do voto que fundamenta este acórdão;

9.6.4. proceda a nova análise da conduta dos membros da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S/A em 2008, e da diretoria em exercício durante o referido ano, identificando, mantidos os padrões já estabelecidos quando da análise da responsabilidade no TC 034.932/2015-1, eventuais responsabilidades pela ausência de cumprimento das funções de acompanhamento e avaliação que lhes cabiam, pelos dois danos identificados nas Seções V/VIII e IX do voto que fundamenta este acórdão;

9.6.5. proceda a nova análise da questão tratada na Seção IX do voto que fundamenta este acórdão, relacionada aos indícios de dano eventualmente provocados ao BNDESPar, na qualidade de acionista minoritário da JBS, quando da incorporação da empresa Bertin S/A pela empresa JBS S/A, e se manifeste conclusivamente, no prazo de 45 dias, sobre a existência de dano, sua estimativa e respectivos responsáveis;

9.6.6. proceda à futura análise das respostas eventualmente encaminhadas à audiências realizadas em razão do despacho contido na peça 207 no processo de tomada de contas especial que vier a ser autuado em razão do item 9.2, retro;

9.6.7. 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;

9.7. encaminhar cópia do presente acórdão à Comissão de Valores Mobiliários – CVM, para conhecimento e adoção de providências que entender cabíveis em seu âmbito de atuação, especialmente em relação aos indícios de fraude contra acionistas minoritários descritos na Seção IX do voto que fundamenta este acórdão e item 9.5, e subitens, retro;

9.8. com fundamento no art. 198, parágrafo único, do Regimento Interno, cientificar o Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão da conversão dos presentes autos em tomada de contas especial;

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

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

9.9.2. à Casa Civil da Presidência da República;

9.9.3. ao Ministério da Fazenda;

9.9.4. ao BNDES e ao BNDESPAR;

9.9.5. à JBS S/A;

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

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

3. No curso do processo foram realizadas instruções e medidas preliminares em atendimento ao decidido no acórdão. Mais adiante, em face de repercussões relativas a mandados de segurança impetrados por responsáveis aqui arrolados, proferi o seguinte despacho decisório à peça 1145 deste feito (em 21/6/2021):

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada a partir da conversão de processo de representação (TC 034.935/2015-0), em virtude de indícios de irregularidades nas operações financeiras realizadas pelo BNDES na empresa frigorífica Bertin S/A, em conformidade com a determinação exarada no item 9.2 do Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário.

2. Retornam os autos a este Relator em razão da necessidade de pronunciamento preliminar sobre questões indicadas pela SecexFinanças às peças 1129/1130.

3. Expõe referida unidade técnica que nos autos do TC 034.935/2015-0 (apenso) foram por mim determinadas, à peça 207, audiências de diversos responsáveis identificados naquela assentada.

4. Posteriormente, mediante o Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário, o Tribunal definiu que as respostas às audiências determinadas na representação deveriam ser analisadas no processo da TCE instaurada, juntamente com as citações. Esse procedimento também foi por mim indicado no Despacho à peça 177 do presente processo, de maneira que nestes autos há responsáveis que foram identificados e deverão responder às audiências determinadas no âmbito do TC 034.935/2015-0 (apenso), bem como há outros responsáveis que deverão atender ao chamado deste Tribunal em relação às citações e audiências determinadas no âmbito do Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário, que determinou a conversão nesta TCE.

5. Prossegue a unidade instrutiva ressaltando que à peça 1064 deste processo determinei a exclusão dos Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri do rol de responsáveis da TCE, tendo em vista o que foi assentado nos parágrafos 131 a 134 do voto condutor do Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário, no qual deixei evidenciado que o dano retratado no presente processo se refere à operação de financiamento à Bertin S/A, ocorrida anteriormente à operação de fusão da empresa Bertin com a JBS, o que afastaria qualquer envolvimento do Sr. Joesley Mendonça Batista com a primeira operação financeira do BNDES realizada exclusivamente com a empresa Bertin, bem como de todos aqueles que o Sr. Joesley Batista aponta em sua delação premiada, uma vez que sua participação pessoal em negociações afetas a financiamentos do banco é condição *sine qua non* para conferir veracidade à narrativa do documento delatório, algo que não seria razoável inferir em relação a outra empresa do ramo frigorífico, ainda mais uma concorrente da JBS à época.

6. Todavia, segundo pontua a SecexFinanças, relativamente à operação seguinte, de aquisição da Bertin pela JBS ocorrida em 2009, conforme assentado no TC 034.935/2015-0 (apenso), não é possível chegar-se à mesma conclusão da primeira operação, haja vista que a questão abrange o campo de atuação da empresa JBS e seus administradores, tendo sido exaradas diversas audiências, como as dos Srs. Joesley Mendonça Batista, Victor Garcia Sandri, Guido Mantega e Luciano Galvão Coutinho, Renata Bastos Maccacchero Victor, Rodrigo Rabelo Tavares Borba, Sergio Foldes Guimarães, e Sergio Jose Suarez Pompeo, dentre outros responsáveis mencionados à peça 1129 por referida unidade instrutiva, em alusão ao Despacho proferido à peça 207 daquele processo apenso:

“II – Relativamente à operação de aquisição da Bertin pela JBS em 2009:

e) Joesley Mendonça Batista, CPF 376.842.211-91, Victor Garcia Sandri, CPF 897.027.278-04, Guido Mantega, CPF 676.840.768-68, e Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, por associação ilícita destinada a obtenção/concessão de vantagens indevidas ao Grupo JBS – conforme descrição da mesma 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 operação de apoio financeiro da BNDESPar, para viabilizar operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A, com falhas em sua análise, em sua aprovação e em seu acompanhamento, conforme descrito nos itens ‘f’ a ‘j’ a seguir;

f) Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04, Claudio Figueiredo Coelho Leal, CPF 551.703.740-20, Carlos Eduardo Castello Branco, CPF 405.878.277-34, Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Nelson Fontes Siffert Filho, CPF 770.209.607-15, Bruno Fraga Leal, CPF 850.465.406-06, Sérgio Eduardo Weguelin Vieira, CPF 483.591.067-20, Claudio Bernardo Guimarães de Moraes, CPF 761.155.427-15, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Álvaro Oliveira de Freitas, CPF 805.593.447-91, Selmo Aronovich, CPF 574.154.206-91, Eduardo Klingelhoefner de Sá, CPF 820.120.087-04, e Maria Isabel Rezende Aboim, CPF 385.012.797-49, participantes da 240ª Reunião do Comitê de Enquadramento de Crédito, de 24/11/2009, pela aprovação de enquadramento de operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A, mediante apoio financeiro da BNDESPar, com base em valuation superdimensionado da companhia Bertin S/A, de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.;

g) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, CPF 087.781.287-06, Andre Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Jaldir Freire Lima,

CPF 244.727.001-15, Leticia Lourenco Costa, CPF 333.709.758-82, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, Renata Bastos Maccacchero Victor, CPF 024.899.207-40, Rodrigo Rabelo Tavares Borba, CPF 088.705.347-58, Sergio Foldes Guimarães, CPF 014.873.977-63, e Sergio Jose Suarez Pompeo, CPF 094.449.797-76, por terem elaborado o Relatório de Análise AMC/DEINV 04/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009:

g.1) por meio do qual propuseram o não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S/A pelo BNDES, que lhe facultaria a possibilidade de inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin S/A na operação de transferência do controle da companhia com base em valores constantes do Acordo de Acionistas;

g.2) no qual se omitiram com relação ao valor econômico da Bertin S/A calculado pela empresa Apsis Consultoria Ltda., que não representava efetivamente a realidade da empresa, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto, e o objeto social da BNDESPAR, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, mas 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;

h) 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, e Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, por aprovarem, pela Decisão de Diretoria 136/2009-BNDESPAR, de 22/12/2009, a operação de incorporação da Bertin S/A pela JBS S/A, com base no Relatório de Análise Conjunto AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009:

h.1) que propunha o não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S/A pelo BNDES, que lhe facultaria a possibilidade de inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin S/A na operação de transferência do controle da companhia com base em valores constantes do Acordo de Acionistas;

h.2) que se omitia sobre o valor econômico da Bertin S/A calculado pela empresa Apsis Consultoria Ltda., que não representava efetivamente a realidade da empresa, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto, e o objeto social da BNDESPAR, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, mas 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;

i) Miguel João Jorge Filho, CPF 024.842.858-68 (ROC 1/2010-BNDES, ROC 4/2009-BNDESPAR, ROC 2/2010-BNDESPAR), Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20 (ROC 1/2010-BNDES, ROC 4/2009-BNDESPAR, ROC 2/2010-BNDESPAR), Alessandro Golombiewski Teixeira, CPF 656.147.550-04 (ROC 1/2010-BNDES), Carlos Roberto Lupi, CPF 434.259.097-20 (ROC 1/2010-BNDES), Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, CPF 008.564.287-87 (ROC 1/2010-BNDES), Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva, CPF 691.850.857-15 (ROC 1/2010-BNDES), Paulo Bernardo Silva, CPF 112.538.191-49 (ROC 1/2010-BNDES), Pedro Luiz Carneiro de Mendonça, CPF 038.794.701-97 (ROC 1/2010-BNDES), Clara Levin Ant, CPF 646.409.658-34 (ROC 4/2009-BNDESPAR), Ivan João Guimarães Ramalho, CPF 280.080.578-15 (ROC 4/2009-BNDESPAR, ROC 2/2010-BNDESPAR), João Paulo dos Reis Velloso, CPF 019.687.267-72 (ROC 4/2009-BNDESPAR, ROC 2/2010-BNDESPAR), Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34 (ROC 4/2009-BNDESPAR), Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68 (ROC 4/2009-BNDESPAR, ROC 2/2010-BNDESPAR), e Roberto Teixeira da Costa, CPF 007.596.358-20 (ROC 4/2009-BNDESPAR, ROC 2/2010-BNDESPAR), membros dos Conselhos de Administração do BNDES e da BNDESPAR nos exercícios de 2009 e 2010 e seus suplentes, participantes da ROC 1/2010 - BNDES, ROC 4/2009 e 2/2010 - BNDESPAR, em razão da omissão em sua competência fiscalizadora na operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A, ocorrida mediante apoio financeiro da BNDESPAR, com base em valuation superdimensionado da companhia Bertin S/A, de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.;

j) Reginaldo Braga Arcuri, CPF 197.796.666-72, Clayton Campanhola, CPF 002.079.058-94, Andre Luiz Barreto de Paiva Filho, CPF 563.915.520-53, Carlos Eduardo Esteves Lima, CPF 474.292.406-

15, Eduardo Coutinho Guerra, CPF 276.000.681-68, André Proite, CPF 706.354.801-82, Claudio de Almeida Neves, CPF 033.228.827-72, Cleber Ubiratan de Oliveira, CPF 501.953.366-15, Fabio Estorti de Castro, CPF 630.632.800-97, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Ricardo Schaefer, CPF 507.857.450-68, Francisco Moreira da Cruz Filho, CPF 581.315.238-53, Charles Carvalho Guedes, CPF 539.600.681-15, Erenice Alves Guerra, CPF 185.697.731-53, Maurício Teixeira da Costa, CPF 045.373.607-63, e Antônio Pedrosa Parracho, CPF 056.564.197-20, Membros dos Conselhos Fiscais do BNDES e da BNDESPAR nos anos de 2009 e 2010, em razão da omissão em sua competência fiscalizadora na operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A, ocorrida mediante apoio financeiro da BNDESPAR, com base em valuation superdimensionado da companhia Bertin S/A, de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.

7. A SecexFinanças reconhece que, compulsando o Despacho que proferi à peça 1064, constata-se que de fato houve o erro operacional por mim apontado, no que concerne à realização de oitiva referente à redução de débito pelo qual nem o Sr. Guido Mantega e tampouco o Sr. Victor Garcia Sandri seriam responsáveis. Todavia, entende que devam ser realizados ajustes quanto à decisão de total exclusão dos referidos responsáveis do rol.

8. Isso porque, em relação a Victor Sandri há audiências anteriormente determinadas por outros fatos, relativos à operação realizada em 2009, de aquisição da Bertin pela JBS, conforme o item 6 retro.

9. Igualmente, há em relação a outros responsáveis, como o Sr. Guido Mantega, audiências que foram determinadas por essa operação em 2009.

10. Todavia, esclarece a SecexFinanças que “o Sr. Guido Mantega obteve êxito em medida cautelar em mandado de segurança 37.664, DF, ‘para que seja suspensa, com relação ao impetrante, a Tomada de Contas Especial 033.879/2018-4, até o julgamento de mérito do presente writ’ (peça 1058)”. E, assim sendo, no que tange aos dois por mim mencionados expressamente no Despacho de peça 1064, propõe (i) que o **Sr. Victor Garcia Sandri seja reincluído** como responsável nestes autos, pois responde à audiência por mim determinada no Despacho à peça 207 do TC 034.935/2015-0, e (ii) que o Sr. **Guido Mantega permaneça excluído dos autos, mas apenas temporariamente**, até a apreciação definitiva do aludido mandado de segurança ou até que ocorra a cassação da medida cautelar pelo STF, o que ocorrer primeiro.

11. Alude a SecexFinanças, ainda, que o procedimento relativo ao Sr. Guido Mantega se daria “a exemplo do procedimento adotado em relação ao Sr. Joesley Mendonça Batista à peça 1120”.

12. Informa a unidade que a Sra. Renata Bastos Maccacchero Viter, entendendo que o Despacho por mim adotado à peça 1064 também poderia implicar semelhante enquadramento de sua situação específica, ingressou, por meio de seus procuradores, com solicitação nos autos, à peça 1109, requerendo sua exclusão como responsável. Contudo, com base no relatado, não é possível seu afastamento como responsável, pois ela também foi chamada em audiência no Despacho à peça 207 do TC 034.935/2015-0.

13. E, da mesma forma, o pleito é repetido pelos Srs. José Suarez Pompeo e Sergio Foldes Guimarães, à peça 1103, mas eles também se encontram em idêntica situação à da Sra. Renata, de maneira que igualmente devem ter o pedido negado.

14. Esclarece a secretaria que “É importante, neste ponto, ressaltar, que, uma vez tendo sido o exame das respostas às audiências do TC 034.935/2015-0 remetido para estes autos, o julgamento das irregularidades subjacentes se dará neste processo e eventual apenamento também. Logo, os responsáveis indicados nas audiências do TC 034.935/2015-0 remanesecem como responsáveis neste processo, tendo em vista o destacado no item 3 deste pronunciamento”.

15. Informa que “*Em telefonema recebido no dia 2/6/2021 pelo Auditor Bruno Hartz, atualmente na função de Diretor da 5ª DT da SecexFinanças, os procuradores do Sr. Joesley Mendonça Batista tencionavam utilizar do mesmo expediente empregado pelos demais responsáveis supramencionados, mas ele também foi chamado em audiência no TC 034.935/2015-0, de maneira que, da mesma forma, não pode ser excluído como responsável de maneira definitiva.*”.

16. E prossegue afirmando que “*Como o aludido responsável ingressou com o mandado de segurança 37.705, DF, logrando êxito na concessão de medida cautelar ‘para que seja suspensa, com relação ao impetrante, a Tomada de Contas Especial 033.879/2018-4, até o julgamento do mérito do presente writ’, entende-se que o encaminhamento deve ser o mesmo do proposto em relação ao Sr. Guido Mantega, no sentido da exclusão temporária até o julgamento definitivo do mandado de segurança no STF ou até a cassação do writ, o que ocorrer primeiro (peça 1089). O mesmo vale para a empresa JBS, tendo em vista a concessão de medida cautelar de igual conteúdo no mandado de segurança 37.728, DF (peça 1101).*

17. Já caminhando para o final do pronunciamento de peça 1129, destaca que o Sr. Carlos Roberto Lupi requer o reconhecimento da prescrição do feito (peça 1086), e que tal apreciação será realizada por ocasião do exame de mérito deste processo.

18. Assim, remete à consideração deste Relator as seguintes providências:

“a) reincluir o Sr. Victor Garcia Sandri como responsável nestes autos, tendo em vista a determinação de audiência em relação à sua pessoa constante do Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator à peça 207 do TC 034.935/2015-0, uma vez que ‘as respostas às audiências realizadas no TC 034.935/2015-0 deverão ser analisadas neste TC 033.879/2018-4, juntamente com as respostas apresentadas às citações’, nos exatos termos do Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator à peça 177 do presente processo, com supedâneo no Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário;

b) manter o Sr. Guido Mantega como responsável excluído dos autos, mas apenas temporariamente, até a apreciação definitiva do mandado de segurança 37.664, DF, ou pelo menos até a cassação da medida cautelar pelo STF, o que ocorrer primeiro, tendo em vista a determinação de audiência em relação à sua pessoa constante do Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator à peça 207 do TC 034.935/2015-0, uma vez que ‘as respostas às audiências realizadas no TC 034.935/2015-0 deverão ser analisadas neste TC 033.879/2018-4, juntamente com as respostas apresentadas às citações’, nos exatos termos do Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator à peça 177 do presente processo, com supedâneo no Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário;

c) manter a Sra. Renata Bastos Maccacchero Victor e os Srs. José Suarez Pompeo e Sergio Foldes Guimarães como responsáveis nos autos, tendo em vista a determinação de audiências em relação às suas pessoas constantes do Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator à peça 207 do TC 034.935/2015-0, uma vez que ‘as respostas às audiências realizadas no TC 034.935/2015-0 deverão ser analisadas neste TC 033.879/2018-4, juntamente com as respostas apresentadas às citações’, nos exatos termos do Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator à peça 177 do presente processo, com supedâneo no Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário;

d) confirmar a exclusão do Sr. Joesley Mendonça Batista, conforme peça 1120, mas apenas temporariamente, até a apreciação definitiva do mandado de segurança 37.705, DF, ou pelo menos até a cassação da medida cautelar pelo STF, o que ocorrer primeiro, tendo em vista a determinação de audiência em relação à sua pessoa constante do Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator à peça 207 do TC 034.935/2015-0, uma vez que ‘as respostas às audiências realizadas no TC 034.935/2015-0 deverão ser analisadas neste TC 033.879/2018-4, juntamente com as respostas apresentadas às citações’, nos exatos termos do Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator à peça 177 do presente processo, com supedâneo no Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário;

e) excluir a empresa JBS S/A como responsável temporariamente dos autos, até a apreciação definitiva do mandado de segurança 37.728, DF, ou pelo menos até a cassação da

medida cautelar pelo STF, o que ocorrer primeiro, lembrando que a empresa responde pelo débito constante deste processo;

f) informar ao Sr. Carlos Roberto Lupi, por intermédio de seus procuradores, que o pleito constante da peça 1086 será apreciado por ocasião do exame do mérito deste processo;

g) informar aos Srs. Victor Garcia Sandri, Guido Mantega, Renata Bastos Maccacchero Victer, José Suarez Pompeo, Sergio Foldes Guimarães, Joesley Mendonça Batista e à empresa JBS S/A, por intermédio de seus procuradores, acerca da deliberação que vier a ser exarada em razão do presente pronunciamento de subunidade.”

19. Dessarte, expostas as matérias submetidas à apreciação, PASSO A DECIDIR.

20. Com efeito, mediante o Despacho que proferi à peça 1064 **determinei a exclusão do rol de responsáveis dos Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri**, e tal se deu em razão dos seguintes apontamentos consignados naquela peça:

“2. Os Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri foram notificados nos autos (peças 762 e 765, respectivamente) em razão de determinação contida em despacho, datado de 23/09/2020 (peça 688), no sentido de que fosse dado conhecimento das questões incluídas em uma nova instrução, ‘aos responsáveis por ambas as operações tratadas nos autos’, para sobre elas se manifestarem, caso quisessem (§ 9º do despacho). No entanto, tal notificação foi indevida.

3. Ambos haviam inicialmente sido incluídos como responsáveis na representação que deu origem a esta TCE (TC 034.935/2015-0).

4. Ocorre que o voto que sustentou o Acórdão 2154/2018-Plenário reconheceu expressamente não existirem indícios, até aquele momento, de prática de atos irregulares por esses senhores com relação às operações em análise nestes autos (§§ 131 a 134 do voto), de modo que nada restou determinado quanto a eles nos dispositivos do Acórdão 2154/2018-Plenário (peça 1).

5. Portanto, o nome de tais senhores não deveria ter constado do rol de responsáveis da presente Tomada de Contas Especial.

6. Não obstante, por erro operacional na sua instauração, o rol de responsáveis da representação original foi incorporado a esta TCE, sem modificações, incluindo indevidamente os nomes dos dois mencionados senhores, o que resultou, posteriormente, na inapropriada notificação deles para se manifestarem sobre questões que não lhes dizem respeito em um processo no qual não deveriam constar como partes responsáveis.

7. Objetivando sanar essa situação, com fundamento no art. 11 da Lei 8.443/92, determino que:

a) os nomes dos srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri sejam excluídos do rol de responsáveis no presente processo;

b) os ofícios constantes das peças 762 e 765 sejam tornados insubsistentes; e

c) a exclusão do rol e a insubsistência da notificação lhes sejam comunicadas.”

21. Em relação ao **Sr. Guido Mantega**, todavia, verifico dos autos a existência do Mandado de Segurança 37.664-DF, no qual o Ministro Ricardo Lewandowski deferiu liminar (peça 1058) para que seja suspensa, quanto a ele, a Tomada de Contas Especial.

22. Da decisão exarada pelo Ministro Ricardo Lewandowski é possível ver que expressamente fora determinada a suspensão da TCE em relação ao mesmo:

“Isso posto, defiro o pedido de liminar para que seja suspensa, com relação ao impetrante, a Tomada de Contas Especial 033.879/2018-4, até o julgamento do mérito do presente writ.”

23. Portanto, em cumprimento ao comando exarado por Sua Excelência, entendo que não cabe, neste momento, a revisão de qualquer posicionamento em relação ao responsável, porquanto a ordem foi de que se suspendesse, em relação a ele, a Tomada de Contas Especial, de maneira que qualquer andamento ou deliberação deste Relator ou do Tribunal acerca do Sr. Guido Mantega somente pode ser adotado após o julgamento do mérito do *writ*, ou na eventualidade da cassação da medida liminar a ele deferida.

24. Quanto a Victor Garcia Sandri, todavia, não há notícia nos autos, até o momento, de ordem judicial de idêntico teor.

25. Evidentemente, como observado pela SecexFinanças, a audiência do Sr. Victor Garcia Sandri, cujo ordenamento está transcrito no item 6 retro, havia se dado por força do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, em razão do surgimento do nome desse responsável em delação do Sr. Joesley Batista, pendendo sua apreciação nestes autos de TCE, nos termos em que determinados pelo subitem 9.6.6 do Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário, no qual o Tribunal expressamente determinou à unidade técnica então encarregada (SecexEstataisRJ, à ocasião daquele acórdão) que “9.6.6. proceda à futura análise das respostas eventualmente encaminhadas à audiências realizadas em razão do despacho contido na peça 207 no processo de tomada de contas especial que vier a ser autuado em razão do item 9.2, retro.”, e em conformidade com o Despacho de peça 177 deste processo.

26. Em que pese isso, não vejo motivos, até o presente momento, para proceder à reinclusão alvitada pela SecexFinanças. Isso porque, apesar da audiência ali determinada ter restado pendente de análise, não foi ele arrolado nos autos na condição de funcionário do BNDES signatário dos documentos produzidos nas operações, ou sócio/acionista das empresas Bertin S/A ou JBS S/A, ou de agente público com poderes sobre a instituição financeira que, de alguma forma, contribuíra para as irregularidades apontadas, mas apenas em razão de que seu nome teria surgido em Termo de Colaboração Premiada na condição de intermediador das demandas entre agentes públicos e privados (por associação ilícita destinada a obtenção/concessão de vantagens indevidas ao Grupo JBS). Todavia, não se obteve nos autos elementos suficientes para a vinculação dos termos da colaboração premiada à primeira operação de financiamento da Bertin S/A, em que pese menções a fatos relacionados a Sr. Victor Garcia Sandri em outras operações envolvendo a JBS S/A ou a família Batista. A leitura do voto que produzi é nesse sentido:

“XI – Acordo de Colaboração Premiada dos executivos da JBS

131. Este Colegiado já autorizou, em outros processos que tratam de operações de aporte de capital do BNDESPar na empresa JBS S/A, a citação de pessoas referidas nos acórdãos de colaboração premiada celebrados entre os executivos da JBS e a Procuradoria Geral da República, acordo esse versando sobre inúmeros fatos ilícitos praticados e revelados pelos referidos executivos dentre os quais as operações de aporte de capital por meio da compra de ações celebradas entre o BNDES e a JBS (objeto de três processos específicos neste Tribunal) .

132. Nesse ponto específico o presente processo diferencia-se dos outros três. Nesses últimos, há indícios de que irregularidades foram praticadas e danos ao patrimônio do BNDES foram provocados, por empregados e gestores do banco, em razão das condutas irregulares descritas nos referidos acordos de colaboração premiada. Entretanto, tal vinculação não se encontra até agora presente na linha causal dos danos provocados ao Banco nas operações tratadas nos presentes autos.
(...)”

27. Além do mais, essas conclusões evidenciam não haver, até o momento, elementos que indiquem, efetivamente, vínculo entre o Sr. Victor Garcia Sandri, segundo os elementos até então produzidos na colaboração premiada (apontado no item II, letra “e”, do despacho de audiência), e os

indícios de irregularidades praticadas pelos servidores do BNDES (item II, letras “f” e seguintes do despacho de audiência).

28. Assim, a reinclusão do Sr. Victor Garcia Sandri depende de eventuais novos elementos que possam efetivamente indicar sua participação em um dos temas abordados nos autos, relativos às operações realizadas junto ao frigorífico Bertin, ou, depois, quando da operação de incorporação pela JBS, o que pode ser mais bem avaliado no futuro e diante de tais eventuais novos elementos.

29. Já com relação ao Sr. Joesley Batista, a proposição da unidade instrutiva é no sentido de que **seja confirmada a exclusão**, mas apenas temporária, do referido responsável, conforme o texto do pronunciamento da subunidade. E, como sintetizado alhures, o procedimento relativo ao Sr. Guido Mantega se daria “*a exemplo do procedimento adotado em relação ao Sr. Joesley Mendonça Batista à peça 1120*”.

30. Percebe-se, portanto, que o procedimento de exclusão do Sr. Joesley já foi adotado nestes autos, à revelia deste Relator, e em que pese a intenção de, com ele, dar cumprimento a decisão judicial, conforme a peça 1120.

31. Consultando referido documento, verifico que foi ele elaborado no âmbito da Secretaria de Gestão de Processos (Seproc-RJ), que assim alude ao procedimento que fora realizado:

“Em cumprimento a mensagem eletrônica do Diretor, Dr. Bruno Hartz de 12/5/2021, nesta data, foi excluído do polo passivo dos autos, por ora o Sr. Joesley Mendonça Batista, até apreciação definitiva do Mandado de Segurança 37.705 impetrado pelo referido responsável no STF, e em análise o petitório constante de peça 1052.” (peça 1120)

32. Ocorre que a exclusão realizada foi indevida, porquanto não realizada por este Relator, a quem compete presidir o processo, nos termos do art. 11 da Lei 8.443/1992 e do art. 157 do Regimento Interno/TCU. O ato de exclusão não poderia ser adotado senão pela **autoridade legitimada**, que é o Relator, ou por decisão do colegiado do Tribunal de Contas da União, de maneira que é inválida e nula a exclusão ali realizada, e sem efeito algum, a não ser o operacional realizado por tal Secretaria de Gestão de Processos.

33. Não há delegação de competência para atos dessa natureza. Nem se poderia assim realizar em suposto cumprimento à ordem emanada judicialmente, porquanto no Mandado de Segurança 37.705 (peça 1089, p. 76) o STF, em decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski, deferiu a liminar **não para excluir**, mas **para suspender**, em relação ao Sr. Joesley Batista, a TCE, até o julgamento do Mandado de Segurança, como se vê no *writ*:

“Isso posto, defiro o pedido de liminar para que seja suspensa, com relação ao impetrante, a Tomada de Contas Especial 033.879/2018-4, até o julgamento do mérito do presente *writ*”

34. A ordem, portanto, **foi de suspensão e não de exclusão**. No despacho que adotei em relação aos outros dois responsáveis, Sr. Guido Mantega e Victor Sandri, a exclusão foi realizada em virtude de outros motivos, ali elencados, relacionados ao exame de responsabilidade dos agentes arrolados, e não em decorrência de suspensão da TCE em relação a eles, conforme pode ser lido no item 19 retro.

35. Fosse esse o motivo – suspensão determinada em liminar – teria este Relator adotado outro caminho, determinando, em cumprimento à medida judicial, a suspensão, ou, no jargão da nossa Lei Orgânica e do Regimento interno, **o sobrestamento**.

36. A propósito, no Memorando 074/2021-Conjur (peça 1090), a Consultoria Jurídica/TCU, ao comunicar a decisão proferida no MS 37.705-DF/STF à secretaria, expressamente reproduziu o texto da liminar mandatória e informou encaminhar cópia integral da inicial e da decisão judicial para juntada ao processo e adoção das providências necessárias ao cumprimento da

deliberação, sem especificar quais seriam as providências. Caberia à unidade, então, instruir o feito e conduzir a matéria a este Relator.

37. Com efeito, o sobrestamento é o procedimento que ao mesmo tempo dá cumprimento à ordem judicial e encontra amparo no disposto na Lei Orgânica/TCU e no Regimento Interno/TCU.

38. Dispõem os arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992 que:

“Art. 10. A **decisão** em processo de tomada ou prestação de contas pode ser **preliminar**, definitiva ou terminativa.

§ 1º **Preliminar é a decisão pela qual o Relator** ou o Tribunal, antes de pronunciar-se quanto ao mérito das contas, **resolve sobrestar o julgamento**, ordenar a citação ou a audiência dos responsáveis ou, ainda, determinar outras diligências necessárias ao saneamento do processo.”

Art. 11. **O Relator presidirá a instrução do processo, determinando, mediante despacho singular, de ofício ou por provocação do órgão de instrução ou do Ministério Público junto ao Tribunal, o sobrestamento do julgamento**, a citação ou a audiência dos responsáveis, ou outras providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos, fixando prazo, na forma estabelecida no Regimento Interno, para o atendimento das diligências, após o que submeterá o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito.” (destaquei)

39. E sobrestar, como se sabe, nada mais significa que **suspender**, tal como pretendido na decisão adotada no referido Mandado de Segurança 37664-DF, a que se dá cumprimento.

40. Portanto, em cumprimento ao comando exarado por Sua Excelência o Ministro Ricardo Lewandowski, e não havendo motivos para a exclusão do Sr. Joesley Batista da relação processual a qual foi chamado a integrar, bem assim considerando que a eventual exclusão procedida pela Seproc-RJ à revelia deste Relator sequer possui validade ou capacidade de produzir efeitos jurídicos ou processuais, minha decisão é no sentido do **sobrestamento**, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992, da Tomada de Contas Especial em relação ao Sr. Joesley Batista, até o julgamento de mérito daquele Mandado de Segurança.

41. O mesmo vale para a empresa JBS, tendo em vista a concessão de medida liminar de igual conteúdo no Mandado de Segurança 37.728, DF (peça 1101), de maneira que em vez da exclusão temporária do rol, proposta pela SecexFinanças, cabe também **o sobrestamento da TCE em relação à empresa JBS S/A**.

42. **Nenhuma medida adicional cabe em relação à Sra. Renata Bastos Maccacchero Victor e os Srs. Sérgio José Suarez Pompeo e Sérgio Foldes Guimarães** haja vista que não contam com liminares conhecidas nos autos, em Mandados de Segurança impetrados, como as já mencionadas em relação aos outros responsáveis aqui referidos a ensejar decisão preliminar pelo sobrestamento de suas contas.

43. Eventuais pedidos por eles formulados, relativos a exclusão da relação processual deverão ser examinados em conjunto com suas defesas, por ocasião do mérito, pois também se trata de matéria de defesa das partes.

44. De igual maneira, a preliminar de prescrição ventilada pelo Sr. Carlos Roberto Lupi, por intermédio de seus procuradores (peça 1086) deve ser apreciada por ocasião do exame do mérito deste processo, pois se refere à matéria de defesa a ser examinada em momento processual oportuno.

45. Dessarte, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 157 do Regimento Interno/TCU, **DETERMINO**:

a) o imediato sobrestamento da Tomada de Contas Especial em relação ao Sr. Joesley Mendonça Batista, até a apreciação definitiva do Mandado de Segurança 37.705-DF, no Supremo Tribunal Federal, ou pelo menos até a cassação da medida cautelar pelo STF, o que ocorrer primeiro;

b) o imediato sobrestamento da Tomada de Contas Especial em relação à empresa JBS S/A, até a apreciação definitiva do Mandado de Segurança 37.728-DF, no Supremo Tribunal Federal, ou pelo menos até a cassação da medida cautelar pelo STF, o que ocorrer primeiro; e

c) a adoção de providências necessárias para tornar sem efeito o procedimento adotado à peça 1120, com consequentes registros nos autos.

Restituam-se os autos à **SecexFinanças** para conhecimento deste Despacho e adoção das medidas necessárias ao seu cumprimento.”

4. Reunidas as condições necessárias à apreciação de mérito deste processo, assim foi realizada a competente análise constante da peça 1457 destes autos, produzida pelo Auditor Federal de Controle Externo Osvaldo Vicente Cardoso Perrou, no âmbito da então SecexFinanças, que reproduzo a seguir:

I. “INTRODUÇÃO

1. Trata-se de processo de tomada de contas especial autuado em decorrência do disposto no subitem 9.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, proferido no processo TC 034.935/2015-0, o qual se tratava de Representação autuada em decorrência do disposto no item 9.3 do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário. Esta deliberação foi prolatada no processo TC 007.527/2014-4, que examinou, a pedido da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, as operações de crédito e de mercado de capitais realizadas pelo BNDES e pela BNDESPAR com o Grupo JBS, de 2005 a 2014. Ambos os acórdãos são de relatoria do Min. Augusto Sherman, relator deste processo.

2. O processo TC 034.935/2015-0 analisou especificamente os indícios de dano e demais irregularidades relacionadas à operação de participação no capital na empresa Bertin S.A. e a posterior incorporação desta pela empresa JBS S.A. A presente TCE apresenta a análise de mérito das audiências e citações realizadas.

1. HISTÓRICO

2. Histórico do processo no TCU

3. Conforme apurado no TC 007.527/2014-4, as operações realizadas por 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. Em vista de indícios de irregularidades nessas operações, o item 9.2 do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário 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 da BNDESPAR na JBS:

- 034.930/2015-9 – operação de aporte de capital (compra 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 (compra 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 (compra de debêntures conversíveis em ações) para aquisição de participação majoritária na empresa Pilgrims’s Pride Co., realizada em 2009.

4. O item 9.6 do referido Acórdão 3.011/2015-TCU-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, e 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. As questões referentes à aquisição da empresa Swift Foods e Co. foram tratadas no TC 034.930/2015-9, representação posteriormente convertida em TCE por meio do Acórdão 800/2017-TCU-Plenário, de 26/4/2017 (TC 010.398/2017-1).

6. O segundo apartado, referente à operação de aporte de capital para aquisição das empresas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc. (TC 034.931/2015-5), também foi convertido em TCE, por determinação do Acórdão 2.342/2017-TCU-Plenário (TC 030.083/2017-6).

7. Da mesma forma, o terceiro apartado, que concerne à operação de aporte de capital para aquisição do controle da empresa Pilgrims's Pride Co., realizada em 2009, autuado por determinação do item 9.2 do Acórdão 3.011/2015 - TCU – Plenário (TC 034.932/2015-1), também foi convertido em TCE, conforme determinou o subitem 9.2 do Acórdão 2.206/2018 – TCU – Plenário.

8. A operação de participação da BNDESPAR na Bertin S.A. foi abordada superficialmente no âmbito do TC-007.527/2014-4, uma vez que o objetivo daquela auditoria era examinar as operações de crédito e de mercado de capitais realizadas pelo BNDES e pela BNDESPAR com o Grupo JBS, de 2005 a 2014. A equipe de auditoria relatou a operação no Anexo 4 do relatório de auditoria, sem registrar achados no corpo do relatório. O Ministro Relator, porém, entendeu necessário destacar algumas informações e, ao final, propôs ao Plenário a formação de apartado adicional, o que restou determinado no item 9.3 do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário:

9.3. determinar a autuação de apartado conexo a este processo de auditoria, em cujo âmbito serão analisados os indícios de irregularidades relacionadas à operação de participação acionária na empresa Bertin S/A - projeto 1742853.0001/2008 -, e sua posterior incorporação pela empresa JBS (conforme item IX do voto que fundamenta este acórdão);

9. No mesmo Acórdão foi exarado também o item 9.6.1, relativamente à mesma operação:

9.6.1. relativamente aos apartados especificados nos itens 9.2 e 9.3, retro, e respectivos subitens, aprofunde a análise das questões, proceda à qualificação das irregularidades, à precisa quantificação dos débitos, onde for o caso, e à identificação dos responsáveis, incluindo a empresa JBS no que diz respeito a eventuais danos, e respectivas condutas que tenham relação de causa e efeito com os indícios de irregularidades existentes em cada achado, abrangendo técnicos, pareceristas, fiscais, gerentes intermediários, diretores, e membros dos conselhos fiscal e de administração, se e onde for o caso, e submeta as eventuais propostas ao relator do processo, para aprovação;

10. Em resumo, o item IX do voto, mencionado no item 9.3. do Acórdão, registrou os seguintes apontamentos:

- indícios de falhas na análise da operação pelo BNDES, caracterizadas pelos seguintes indícios: i. solicitação genérica, sem especificar o destino a ser dado aos recursos; ii. não indicação de possível situação econômico-financeira precária da Bertin; iii. não utilização de *due diligence*;
- indícios de falhas no acompanhamento do projeto, pois os recursos seguiram sendo liberados ao longo de 2008, quando a Bertin apresentou sensível piora em seus indicadores econômico-financeiros, indicando situação pré-falimentar;

- dúvidas sobre os valores envolvidos na incorporação da empresa pela JBS, especialmente sobre o valor atribuído à participação da BNDESPAR na Bertin;
- ausência de indicação, na análise da operação de apoio à JBS para aquisição do controle da Pilgrim's e incorporação da Bertin, da parcela do valor pago pelas debêntures que seria destinada a apoiar a incorporação.

11. Assim, foi autuado apartado sob o número TC 034.935/2015-0, no qual foram analisados os indícios de dano e demais irregularidades relacionadas à operação de participação no capital da empresa Bertin S.A. e sua posterior incorporação pela empresa JBS S.A.

12. No âmbito do apartado, em razão da confirmação de diversos indícios de irregularidades, e tendo em vista a proximidade do prazo de prescrição da pretensão punitiva do TCU, o Ministro Augusto Sherman antecipou a apreciação dos fatos e a consequente determinação de realização de audiências dos responsáveis cujas condutas foram correlacionadas com tais indícios, nos termos do despacho por ele proferido em 14/3/2018 (peça 207 do TC 034.935/2015-0).

13. Quatorze responsáveis ingressaram com embargos de declaração contra os termos desse despacho, os quais foram apreciados por este Colegiado por meio dos acórdãos 1350/2018-TCU-Plenário e 1974/2018-TCU-Plenário, de 13/6/2018 e 22/8/2018, respectivamente. Doze desses responsáveis tiveram suas pretensões acolhidas, em razão da demonstração de que não teriam participado dos atos a eles atribuídos e/ou não teriam a função contínua de membros dos conselhos do BNDES/BNDESPAR, por serem em sua maioria suplentes. Assim, as determinações para a audiência desses responsáveis foram tornadas insubsistentes.

14. Ainda no referido despacho de 14/3/2018, o Relator acolheu entendimento exposto pela unidade técnica no sentido de que os atos praticados por agentes do BNDES há mais de 10 anos da data de conclusão da instrução no presente processo – aqueles relacionados à elaboração do relatório de enquadramento e à aprovação do enquadramento pelo comitê de crédito – estariam prescritos em termos da pretensão punitiva deste Tribunal. Tal entendimento fundou-se na jurisprudência do Tribunal, que já decidiu, na ausência de prazo prescricional previsto em lei específica para o processo desta Corte, pela utilização subsidiária do prazo prescricional de dez anos previsto no Código Civil Brasileiro, relativamente à pretensão da pretensão punitiva.

15. Após ter exarado o despacho, ao reanalisar o TC 034.935/2015-0 em razão dos indícios de dano, o Relator observou que naquele processo, e em outros que tratavam de operações do BNDES, o Tribunal se viu obstado em seu dever de apreciar os atos praticados pela Administração, em razão da classificação de sigilo de informações. Assim, não poderia estar correndo o prazo de contagem da pretensão punitiva, o qual nasce subjetivamente no momento que em que se teriam condições de tomar conhecimento dos atos ilícitos. O Ministro Relator fundamenta sua tese no art. 189 do CC; no art. 109, 1 e 4, do BGB alemão; no art. 27 do CDC; no Enunciado 278 do STJ; e no Recurso Especial nº 999.324 RS 2006 do STJ. Seguindo esse raciocínio, o Ministro arguiu que não deve correr prescrição contra os órgãos de controle em relação aos atos administrativos sigilosos enquanto tal sigilo impedir que os atos sejam por eles conhecidos e apreciados.

16. Dessa forma, o Relator propôs ao Plenário que a data de 26/5/2015 deve ser utilizada como marco temporal inicial, *dies a quo*, da contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva desta Corte de Contas em relação a atos praticados por agentes do BNDES anteriormente mantidos fora do alcance do Tribunal, em razão do sigilo bancário/empresarial. Isso porque apenas por meio da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no MS 33.340-DF, Relator Ministro Luiz Fux, naquela data, restou decidido que os sigilos bancário e empresarial não poderiam ser opostos ao TCU por bancos públicos. Foi a partir desse marco temporal que esta Corte passou a ter acesso integral às informações necessárias à avaliação da regularidade dos atos ratificados pelo BNDES nas análises, aprovações e acompanhamentos das operações financeiras que realizava e que se

encontram sob apreciação deste Tribunal.

17. Por essa razão, retificando sua decisão anterior, o Relator apresentou ao Plenário proposta de que fossem ouvidos em audiência os responsáveis pela elaboração e aprovação do enquadramento da operação pelas falhas observadas pela unidade técnica, o que foi aprovado pelo colegiado no item 9.5 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, exarado no TC 034.935/2015-0:

9.5. autorizar a audiência dos responsáveis (...):

9.5.1. (...) signatários da Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, [que] recomendaram a operação de apoio financeiro a Bertin S/A, na modalidade de renda variável, para aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais e capital de giro, mediante a Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, elaborada em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, com ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira (conforme descrito nas Seções III e IV do voto que fundamenta este acórdão), em descumprimento não só do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES, seus valores, insculpidos no art. 3º do Estatuto Social do banco, c/c art. 4º, II, do Estatuto da BNDESPAR, mas também do disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76;

9.5.2. (...) [responsáveis que] acolheram, na 135ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito – CEC, a proposta de recomendação de apoio financeiro a Bertin S/A, na modalidade de renda variável, para a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais e capital de giro, constante da Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, elaborada em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, com ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira (conforme descrito nas Seções III e IV do voto que fundamenta este acórdão), em descumprimento não só do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES, seus valores, insculpidos no art. 3º do Estatuto Social do banco, c/c art. 4º, II, do Estatuto da BNDESPAR, mas também do disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76;

18. O item 9.6.6 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário determinou que as respostas eventualmente encaminhadas para as audiências realizadas em razão do despacho de 14/3/2018, no TC 034.935/2015-0, fossem analisadas no processo de tomada de contas especial que viria a ser autuado, que é o presente processo. A autuação da presente TCE foi determinada no item 9.2 do Acórdão, tendo em vista a confirmação de indícios de dano aos cofres da BNDESPAR, conforme será detalhado e analisado neste processo, juntamente com as respostas às citações e audiências.

19. O item 9.4 do Acórdão especificou o valor da citação e os responsáveis:

9.4. autorizar as citações dos responsáveis, pessoas físicas e jurídica, elencados nos itens 9.4.1. 9.4.2 e 9.4.3, 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\$ 670.000.000,00 (seiscentos e setenta milhões de reais), atualizado monetariamente a partir de 23/12/2008, valor este equivalente ao valor histórico do dano estimado nos autos na referida data de origem (conforme Seção VIII do voto que fundamenta este acórdão), consistente na perda de valor observado no investimento realizado na empresa Bertin S/A, modalidade renda variável, por meio da aquisição de ações da

referida empresa, no valor original total aproximado de R\$ 2,5 bilhões (dois bilhões e quinhentos milhões de reais), pelas razões também elencadas nos itens 9.4.1, 9.4.2 e 9.4.3, abaixo;

9.4.1. Eduardo Rath Fingerl, José Cláudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Bruno Lintz dos Santos, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Fernando Américo de Rezende Neto, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, Rafael Petrocelli e Renato Francisco Martins por terem analisado e proposto a aprovação da operação de apoio financeiro à Bertin S/A, na modalidade renda variável, no valor de até R\$ 2,5 bilhões, por meio da elaboração do relatório de análise AMC/DEIMV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 que continha as falhas e irregularidades descritas na Seção V do voto que fundamenta este acórdão, e, com isso, dado causa ao referido dano ao patrimônio do BNDES, relatório esse:

9.4.1.1. elaborado em tempo exíguo, 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, com falta de zelo com os recursos públicos, demonstrada na ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos, já que o Plano de Negócios apresentado para respaldar a operação não indicava onde efetivamente os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto e o objeto social da BNDESPAR, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, mas também as circunstâncias que os cercavam, com descumprimento dos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.2. que não continha um levantamento apropriado do endividamento da recém-criada Bertin S/A, com descumprimento do disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.3. 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 com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA, com descumprimento não só da missão do BNDES e de seus valores, insculpidos no art. 3º do seu Estatuto Social, c/c art. 4º, II, do Estatuto Social da BNDESPAR, mas também do disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.4. que propunha a realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira - conforme se poderia constatar por meio de análise dos demonstrativos financeiros da companhia, procedimento esse necessário quando se trata de aquisição de participação acionária em outras empresas -, que redundou em operação financeira de elevado risco, o que constitui gestão temerária dos recursos da BNDESPAR, com descumprimento dos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.5. que, embora a empresa Bertin, por ocasião da participação societária promovida pelo BNDES, já tivesse ultrapassado o limite máximo de exposição à referida companhia em pelo menos R\$ 207.069.710,00, expondo o BNDES a desnecessário risco financeiro, propunha a realização da operação, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 e a Resolução 1.318/2006-BNDES;

9.4.2. Luciano Galvão Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira e Jorge Kalache Filho por terem aprovado, por meio da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008, a operação de apoio financeiro a Bertin S/A, na modalidade de renda variável, no valor de até R\$ 2,5 bilhões, com base no Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008, que apresentava as falhas e irregularidades descritas nos itens 9.4.1.1 a 9.4.1.5, retro (detalhadas na Seção V do voto que fundamenta este acórdão), sem proceder à devida análise crítica, e, com isso, dado causa ao referido dano ao patrimônio do BNDES;

9.4.3. empresa JBS S/A, CNPJ nº 02.916.265/0001-60, como sucessora da empresa Bertin S/A (favorecida pelas condutas irregulares descritas e beneficiária do valor pago a maior por suas ações pela BNDESPAR) em todos os direitos e obrigações, nos termos da legislação então em vigor, em razão da aquisição e incorporação dessa última em dezembro de 2009, conforme apontado na Seção VI, *in fine*, do voto que fundamenta este acórdão, conforme previsto no art. 16, §2º, alínea 'b', da Lei 8.443/1992 e no § 5º, *caput* e inciso II, do art. 209 do Regimento Interno deste Tribunal;

20. O item 9.6. do Acórdão determinou, ainda, à SecexEstataisRJ, unidade então responsável pelo processo no TCU, que:

9.6.1. proceda a nova análise da conduta dos membros do conselho fiscal do BNDES/BNDESPAR, relativamente a cada uma das duas operações tratadas nos presentes autos, identificando, mantidos os padrões já estabelecidos quando da análise da responsabilidade dos referidos colegiados no TC 034.932/2015-1, eventuais responsabilidades, pela ausência de cumprimento dos deveres inerentes ao cargo, pelos dois danos identificados nas Seções V/VIII e IX do voto que fundamenta este acórdão;

9.6.2. proceda a nova análise da conduta dos membros do conselho de administração do BNDES/BNDESPAR, relativamente a cada uma das duas operações tratadas nos presentes autos, identificando, mantidos os padrões já estabelecidos quando da análise da responsabilidade dos referidos colegiados no TC 034.932/2015-1, eventuais responsabilidades, pela ausência de cumprimento dos deveres inerentes ao cargo, pelos dois danos identificados nas Seções V/VIII e IX do voto que fundamenta este acórdão;

9.6.3. proceda a nova análise da conduta dos membros do comitê de auditoria do BNDES/BNDESPAR, relativamente a cada uma das duas operações tratadas nos presentes autos, identificando, mantidos os padrões já estabelecidos quando da análise da responsabilidade do referido comitê no TC 034.932/2015-1, eventuais responsabilidades, pela ausência de cumprimento das funções que lhes cabiam, pelos dois danos identificados nas Seções V/VIII e IX do voto que fundamenta este acórdão;

9.6.4. proceda a nova análise da conduta dos membros da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S/A em 2008, e da diretoria em exercício durante o referido ano, identificando, mantidos os padrões já estabelecidos quando da análise da responsabilidade no TC 034.932/2015-1, eventuais responsabilidades pela ausência de cumprimento das funções de acompanhamento e avaliação que lhes cabiam, pelos dois danos identificados nas Seções V/VIII e IX do voto que fundamenta este acórdão;

9.6.5. proceda a nova análise da questão tratada na Seção IX do voto que fundamenta este acórdão, relacionada aos indícios de dano eventualmente provocados aa BNDESPAR, na qualidade de acionista minoritário da JBS, quando da incorporação da empresa Bertin S/A pela empresa JBS S/A, e se manifeste conclusivamente, no prazo de 45 dias, sobre a existência de dano, sua estimativa e respectivos responsáveis;

21. A determinação constante do item 9.6.5 do Acórdão decorreu da necessidade, constatada pelo Ministro Relator, de melhor análise de novos elementos apresentados pelo BNDES acerca da conclusão a que chegara a instrução da unidade técnica, no sentido da existência de indícios da ocorrência de dano à BNDESPAR, na qualidade de acionista minoritário da JBS, da ordem de R\$ 598,3 milhões. O BNDES argumentou que, uma vez que a BNDESPAR se encontrava no negócio tanto na posição de 'vendedor' das ações da Bertin, na condição de acionista minoritário, quanto na posição de 'comprador' dessas ações, como acionista minoritário da JBS, não estaria correto concluir que o banco deveria receber algo a mais como comprador minoritário, uma vez que, como vendedor minoritário, já teria recebido proporcionalmente o mesmo valor por ação que os acionistas majoritários da Bertin (parágrafo 124 do Voto).

22. Em cumprimento à mencionada determinação, foi produzida instrução em 16/11/2018 (peça 670), a qual ressaltou a dificuldade de estipular um valor para a Bertin, em virtude da falta de informações precisas sobre a empresa. Os critérios que balizaram a operação de incorporação da

Bertin pela JBS não foram justificados com detalhes nos documentos que embasaram a operação. As faixas em que se situam os valores escolhidos são bastante amplas e foram utilizados diversos conceitos contábeis para respaldar os valores utilizados para o estabelecimento da relação de troca das ações.

23. Diante de tais dificuldades, a instrução refez os cálculos referentes à incorporação, utilizando os seguintes parâmetros:

- valor da JBS em R\$ 10.512.356.949,00, referente ao seu valor de mercado à época, considerando a cotação média das ações da JBS (JBSS3) em R\$ 7,31;
- valor da Bertin em R\$ 5,537 bilhões, referente à avaliação feita pelo banco Itaú BBA.

24. A conclusão da instrução foi no sentido de que o prejuízo para os acionistas da JBS seria de R\$ 763.457.232,83. Nesses termos, como acionista minoritário da JBS, o BNDES teria sofrido prejuízo na operação de incorporação da Bertin por aquela empresa, pois deveria ter recebido cerca de 0,58% a mais de participação na nova JBS do que efetivamente recebeu. Por outro lado, se consideradas as participações do BNDES nas empresas Bertin e JBS conjuntamente, a operação de incorporação da primeira empresa pela segunda não acarretou prejuízo à entidade, tendo a operação carreado em favor do BNDES cerca de 0,61% de participação a mais do que lhe seria devido. O titular da Diretoria Técnica manifestou concordância com a instrução, no sentido de que teria havido resultado total favorável ao BNDES de R\$ 57.300.989,77, defendendo que tal valor deve ser descontado do débito apontado no item 9.4 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

25. O Diretor também examinou a conduta dos membros dos conselhos de administração e fiscal e do comitê de auditoria do BNDES/BNDESPAR, segundo os padrões estabelecidos por ocasião do exame levado a efeito no TC 034.932/2015-1, em atendimento aos itens 9.6.1 a 9.6.3 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

26. O Diretor entendeu que, diferentemente do observado no processo paradigma, em que os membros dos órgãos colegiados mencionados foram responsabilizados, não caberia sua responsabilização pelo aporte inicial na Bertin, pelos seguintes motivos:

- a operação não foi objeto de apreciação pelo Conselho de Administração ou pelo Conselho Fiscal;
- a Bertin não teria recebido reiterados aportes financeiros do BNDES/BNDESPAR, em volumes cada vez mais vultosos, a ponto de despertar a atenção dos conselheiros, a exemplo da JBS;
- não houve omissão continuada, pois não há evidências de que os referidos conselhos deixaram de reiteradamente adotar determinada atitude, por terem de alguma forma tido notícia de qualquer irregularidade ou ilegalidade na operação.

27. Por fim, o Diretor concluiu por considerar tais indivíduos isentos de responsabilidade pelos danos apurados nos presentes autos, assim como os membros da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. em 2008, e da diretoria em exercício durante o referido ano, pois estes teriam envidado esforços no sentido de reduzir por completo o prejuízo suportado pela BNDESPAR em razão do presente investimento, ainda que não tenham logrado o êxito esperado, já que, dos R\$ 2,5 bilhões, o montante de R\$ 670 milhões teria sido supostamente perdido, acarretando o débito apontado nestes autos.

28. O Sr. Secretário manifestou concordância com o pronunciamento do Diretor (peça 672).

29. O Ministro Relator teceu algumas considerações sobre a proposta da unidade técnica, destacando o fato de que teriam sido realizadas duas operações diferentes, o que poderia descaracterizar a possibilidade de compensação de valores entre os resultados de uma e outra. Não

obstante, o Ministro entendeu adequada a proposição, e determinou que se oferecesse aos responsáveis a oportunidade de se manifestar sobre a análise realizada, especialmente sobre (peça 688):

- (a) o resultado financeiro para o BNDES da operação de incorporação da Bertin pela JBS, uma vez que o banco era acionista de ambas as empresas; e
- (b) as razões pelas quais um eventual resultado financeiro positivo resultante da segunda operação (incorporação da Bertin pela JBS) poderia/deveria compensar eventuais resultados financeiros negativos resultantes da primeira operação (aquisição de ações da Bertin em operação de renda variável).

30. Em 18/2/2021, o Ministro Relator Augusto Sherman, por meio de despacho (peça 1064), determinou que: a) os nomes dos Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri fossem excluídos do rol de responsáveis no presente processo; b) os ofícios constantes das peças 762 e 765 fossem tornados insubsistentes; e c) a exclusão do rol e a insubsistência da notificação lhes sejam comunicadas.

31. Isso se deu porque tais senhores foram notificados nos autos (peças 762 e 765, respectivamente) em razão de determinação contida no despacho acima mencionado (peça 688), no sentido de que fosse dado conhecimento das questões incluídas em nova instrução, ‘aos responsáveis por ambas as operações tratadas nos autos’, para sobre elas se manifestarem, caso quisessem (§ 9º do despacho). No entanto, tal notificação foi indevida, pois, embora Guido Mantega e Victor Sandri tenham sido, inicialmente, incluídos como responsáveis na representação que deu origem a esta TCE (TC 034.935/2015-0), o voto que sustentou o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário reconheceu expressamente não existirem indícios, até aquele momento, de prática de atos irregulares por eles praticados com relação às operações em análise nestes autos (§§ 131 a 134 do voto), de modo que nada restou determinado quanto a eles nos dispositivos do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. Por isso, os nomes de tais senhores não deveriam ter constado do rol de responsáveis da presente Tomada de Contas Especial.

32. Em 21/2/2021, por meio de Despacho (peça 1068), em cumprimento ao Despacho do Ministro Augusto Sherman (peça 1064), foram **excluídos do polo passivo dos autos os Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri**, sendo nesta data expedidos ofícios comunicando que as oitivas remetidas, objeto dos ofícios 304/2020 e 327/2020, aos responsáveis que tiveram suas responsabilidades excluídas, foram devidamente consideradas insubsistentes, com base no despacho do Relator.

33. Em 4/3/2021, foi juntado aos autos memorando da Consultoria Jurídica do TCU (Conjur), o qual encaminhou o Ofício eletrônico 2332/2021, de 1/3/2021, referente a decisão prolatada nos autos do MS 37.705, impetrado por Joesley Mendonça Batista, em que o Ministro do STF Ricardo Lewandowski deferiu o pedido liminar ‘para que seja suspensa, com relação ao impetrante, a Tomada de Contas Especial 033.879/2018-4, até o julgamento do mérito do presente *writ*’ (peça 1090).

34. Em 10/3/2021 e 17/3/2021, foram juntados novos memorandos da Conjur, desta feita, encaminhando os Ofícios eletrônicos 1067/2021, de 5/2/2021, e 3059/2021, de 12/3/2021, por meio dos quais o Ministro Ricardo Lewandowski encaminhou decisões monocráticas em que deferiu, no mesmo sentido, os pedidos liminares no MS 37.664, impetrado por Guido Mantega, e 37.728, movido por JBS S.A., ‘para que seja suspensa, com relação ao impetrante, a Tomada de Contas Especial 033.879/2018-4, até o julgamento do mérito do presente *writ*’ (peças 1097 e 1102).

35. Em 21/6/2021, por meio de Despacho (peça 1145), o Ministro Augusto Sherman se pronunciou sobre as seguintes questões, após análise apresentada pela unidade técnica às peças 1129/1130: a) exclusão dos Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri do rol de

responsáveis da TCE, conforme determinação anterior à peça 1064; b) exclusão da empresa JBS S.A. (peça 1102) e confirmação da exclusão de Joesley Batista (peça 1090); c) possível exclusão da Sra. Renata Bastos Maccacchero Victer como responsável (petição à peça 1109), bem como dos Srs. José Suarez Pompeo e Sérgio Foldes Guimarães (peça 1103); d) requerimento feito pelo Sr. Carlos Roberto Lupi, com o fito de se reconhecer a prescrição do feito (peça 1086).

36. Em relação ao Sr. Sandri, o Ministro Relator discordou da proposta de reinclusão alvitrada pela SecexFinanças. Entendeu o Ministro que:

(...) apesar da audiência ali determinada [na peça 207 do TC 034.935/2015-0] ter restado pendente de análise, não foi ele arrolado nos autos na condição de funcionário do BNDES signatário dos documentos produzidos nas operações, ou sócio/acionista das empresas Bertin S/A ou JBS S/A, ou de agente público com poderes sobre a instituição financeira que, de alguma forma, contribuía para as irregularidades apontadas, mas apenas em razão de que seu nome teria surgido em Termo de Colaboração Premiada na condição de intermediador das demandas entre agentes públicos e privados (por associação ilícita destinada a obtenção/concessão de vantagens indevidas ao Grupo JBS). Todavia, não se obteve nos autos elementos suficientes para a vinculação dos termos da colaboração premiada à primeira operação de financiamento da Bertin S/A, em que pese menções a fatos relacionados a Sr. Victor Garcia Sandri em outras operações envolvendo a JBS S/A ou a família Batista. A leitura do voto que produzi é nesse sentido:

‘XI – Acordo de Colaboração Premiada dos executivos da JBS

131. Este Colegiado já autorizou, em outros processos que tratam de operações de aporte de capital da BNDESPAR na empresa JBS S/A, a citação de pessoas referidas nos acórdãos de colaboração premiada celebrados entre os executivos da JBS e a Procuradoria Geral da República, acordo esse versando sobre inúmeros fatos ilícitos praticados e revelados pelos referidos executivos dentre os quais as operações de aporte de capital por meio da compra de ações celebradas entre o BNDES e a JBS (objeto de três processos específicos neste Tribunal) .

132. Nesse ponto específico o presente processo diferencia-se dos outros três. Nesses últimos, há indícios de que irregularidades foram praticadas e danos ao patrimônio do BNDES foram provocados, por empregados e gestores do banco, em razão das condutas irregulares descritas nos referidos acordos de colaboração premiada. Entretanto, tal vinculação não se encontra até agora presente na linha causal dos danos provocados ao Banco nas operações tratadas nos presentes autos.

(...)

27. Além do mais, essas conclusões evidenciam não haver, até o momento, elementos que indiquem, efetivamente, vínculo entre o Sr. Victor Garcia Sandri, segundo os elementos até então produzidos na colaboração premiada (apontado no item II, letra ‘e’, do despacho de audiência), e os indícios de irregularidades praticadas pelos servidores do BNDES (item II, letras ‘f’ e seguintes do despacho de audiência).

28. Assim, a reinclusão do Sr. Victor Garcia Sandri depende de eventuais novos elementos que possam efetivamente indicar sua participação em um dos temas abordados nos autos, relativos às operações realizadas junto ao frigorífico Bertin, ou, depois, quando da operação de incorporação pela JBS, o que pode ser mais bem avaliado no futuro e diante de tais eventuais novos elementos.

37. De acordo com o Ministro Augusto Sherman, em relação ao Sr. Guido Mantega, há o Mandado de Segurança 37.664-DF, no qual o Ministro do STF Ricardo Lewandowski deferiu liminar (peça 1058) para que seja suspensa, quanto a ele, a Tomada de Contas Especial. Devido a isso, o Ministro expressou que não cabe, por ora, a revisão de qualquer posicionamento em relação ao responsável. Dessa forma, foi mantida a deliberação anterior do Relator, de exclusão do mencionado responsável dos autos.

38. O Ministro também concluiu que nenhuma medida adicional cabe em relação à Sra. Renata Bastos Maccacchero Victer e aos Srs. Sérgio José Suarez Pompeo e Sérgio Foldes

Guimarães, haja vista que não contam com liminares conhecidas nos autos, em Mandados de Segurança impetrados. O conteúdo dos pedidos por eles formulados, relativos à exclusão da relação processual deverão ser examinados em conjunto com suas defesas, por ocasião do mérito, pois também se trata de matéria de defesa das partes.

39. Já a preliminar de prescrição ventilada pelo Sr. Carlos Roberto Lupi, por intermédio de seus procuradores (peça 1086) deve ser apreciada por ocasião do exame do mérito deste processo, pois se refere a matéria de defesa a ser examinada em momento processual oportuno.

40. Em relação ao Sr. **Joesley Mendonça Batista**, o Ministro concluiu não haver motivos para sua exclusão do processo, porém, em cumprimento ao comando exarado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no Mandado de Segurança 37.705 DF (peça 1089, p. 76), deveria ser promovido, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992, o **sobrestamento da Tomada de Contas Especial** em relação ao responsável, até o julgamento de mérito daquele Mandado de Segurança. Registrou o Ministro que ‘eventual exclusão procedida pela Seproc-RJ (peça 1120) à revelia deste Relator sequer possui validade ou capacidade de produzir efeitos jurídicos ou processuais’, devendo ser tornado sem efeito tal documento.

41. Consoante o Ministro Relator, o mesmo entendimento vale para a empresa JBS, tendo em vista a concessão de medida liminar de igual conteúdo no Mandado de Segurança 37.728 DF (peça 1101), de maneira que, em vez da exclusão temporária do rol, proposta pela SecexFinanças, cabe também o **sobrestamento da TCE em relação à empresa JBS S.A.**

42. Registre-se que o Ministro Relator, nos parágrafos 131 a 134 do Voto (Proposta de Deliberação) do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, afastou, inicialmente, a repercussão dos acordos de colaboração premiada celebrados entre os executivos da JBS e a Procuradoria Geral da República nos presentes autos. Isso foi decidido pelo fato de que a operação inicial foi efetivada com a empresa Bertin, e não com a empresa JBS e, por sua vez, as supostas irregularidades identificadas na incorporação da Bertin pela JBS referem-se a atos praticados por acionistas majoritários das empresas Bertin e JBS, a princípio sem participação, conhecimento ou consentimento de empregados ou gestores do BNDES.

3. Histórico da operação

43. Antes de iniciar o exame técnico das questões que ensejaram as audiências e citações, apresenta-se, para melhor entendimento, um breve histórico das operações tratadas no presente processo no âmbito do BNDES, a partir de resumo apresentado pela SecexEstataisRJ como Anexo 4 à instrução que constou do relatório do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário, conforme transcrito no item 7 do Voto:

‘Investimento na Bertin em 2008 e sua posterior incorporação pela JBS

Em 2008, houve outra investida da BNDESPAR no setor de carnes, a compra de 26,92% do capital da Bertin, contratada em abril, por meio do aporte de R\$ 2,5 bilhões na Companhia, com o objetivo de reforçar o caixa da empresa, que havia feito uma série de aquisições, e dar sustentação a seu processo de internacionalização. Mais especificamente, a Bertin solicitou apoio financeiro ao BNDES, por meio de participação acionária, para:

- a) a aquisição de empresas, dentro de sua estratégia de diversificação e internacionalização;
- b) a realização de investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes;
- c) a implantação de novas unidades industriais;
- d) capital de giro;
- e) reforço da estrutura de capital; e
- f) acelerar o processo de abertura de capital da empresa, para dotá-la dos mesmos acessos de mercado das suas concorrentes, JBS e Marfrig, empresas já listadas em Bolsa.

O investimento da BNDESPAR ocorreu em duas (sic) etapas ao longo de 2008, com o primeiro aporte de recursos ocorrendo em abril e o último em dezembro de 2008.

A empresa havia realizado várias aquisições no Brasil e no exterior, no final de 2007, com gastos da ordem de R\$ 600 milhões. Deste montante, R\$ 208 milhões foram desembolsados até janeiro de 2008. Entre julho e dezembro de 2007, já havia desembolsado aproximadamente R\$ 260 milhões em CAPEX, sem considerar os investimentos em capital de giro.

A maior aquisição realizada até aquele momento foi a compra de 56% das ações da Goult Participações, detentora de 74,69% do capital da Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor por R\$ 400 milhões. A Bertin tinha ainda a opção de compra dos 44% restantes das ações da Goult ao longo de 2 anos, que foi exercida em 2009.

O quadro a seguir mostra algumas das aquisições.

Adquirida	País	Ano	Valor da Transação
Vigor e Leco	Brasil	2008 e 2009	R\$ 1,2 bilhão
Misr Cold Store	Egito	2008	US\$ 14 milhões
Quality Meat	EUA	2008	US\$ 3,7 milhões
Rigamonte	Itália	2008	€ 17,1 milhões
Sampco	EUA	2008	US\$ 24,2 milhões
Novaprom	Brasil	2008	R\$ 15,4 milhões
Cooperocarne	Brasil	2008	R\$ 55 milhões
Frigoríficos Pará	Brasil	2008	R\$ 170 milhões

Conforme relatado pelo Banco na Nota Técnica AMC/DEINV 23/2009 e AMC/DEPAC 34/2009:

Com a efetivação desses projetos o Grupo Bertin pretendia se estabelecer como um dos principais *players* mundiais no segmento, de proteína animal - bovinos, suínos e aves - e nos setores correlatos, visando seu fortalecimento nesta cadeia produtiva. Em relação às aquisições internacionais, além das estruturas físicas, seriam incorporados ao negócio da Bertin suas marcas e seus canais de distribuição, o que possibilitaria o aumento das exportações brasileiras. A estratégia da Bertin era diversificar os negócios dentro do segmento de proteína animal, passando, a atuar também nos mercados de frango e suínos; minimizar riscos fitossanitários, ampliando a distribuição geográfica de suas unidades; e acessar novos mercados, adquirindo novas marcas e canais de distribuição.

(...)

Com a aquisição da Vigor e com o desenvolvimento dos demais projetos de expansão e aquisições, a Bertin S/A [vem] se firmando como uma das principais, empresas do setor de alimentos do país, aumentando o foco em produtos de valores agregados.

Na pecuária, a empresa projetava atingir, até 2013, uma capacidade instalada de abate de mais de 30.500 cabeças por dia, devendo se consolidar entre os três maiores frigoríficos do país em termos de capacidade, e, provavelmente, o segundo maior em termos faturamento.

Já com relação ao mercado de produtos lácteos, à aquisição da Vigor proporcionou à Bertin S/A uma posição de liderança no Estado de São Paulo, principal mercado consumidor do Brasil. Além disso, a força das marcas Vigor, Leco e Danúbio somada ao seu portfólio de produtos com maior valor agregado e uma base de clientes ampla e diversificada constituem condições fundamentais,

para a Bertin no sentido de aproveitar ao máximo as potenciais sinergias que poderão ser obtidas com a consolidação do controle das operações de ambas as empresas, passando a ser uma das maiores empresas de alimentos do país.

O plano não foi bem sucedido e, em poucos meses, o investimento se mostrou um mal negócio. Com a crise financeira, a Bertin, que tinha o capital fechado, enfrentou sérias dificuldades, encerrando 2008 com prejuízo de R\$ 681,0 milhões e dívidas de R\$ 5,5 bilhões. A relação Dívida Líquida/EBITDA da Bertin S.A. saiu de 4,54 em dezembro de 2008 para 5,54 em setembro de 2009, um nível de alavancagem excessivamente elevado, com baixa probabilidade de reversão no curto prazo. Adicionalmente, o Grupo Bertin havia se lançado em um processo de diversificação de negócios. Inicialmente, adquiriu ativos de concessão rodoviária em parceria com a Equipav, um dos principais grupos empresariais do Brasil. Depois constituiu a empresa CIBE Participações com a Equipav, que além de ampliar o rol de concessões rodoviárias, passou a atuar em concessões de saneamento básico, administração de terminais rodoviários e geração de energia. O Grupo também atuou individualmente em projetos de geração de energia de menor porte, como pequenas centrais hidroelétricas, e em grandes projetos de geração térmica. A perda de foco da Bertin S.A., com o consequente declínio na capacidade de resposta e na qualidade gerencial da Companhia em face da crise também foi influenciada por esse processo de diversificação.

O Banco ressalta na Nota Técnica AMC-DEINV 23-2009 e AMC-DEPAC 34-2009, de 21/10/2009, que, nos investimentos em Companhias de grande porte que pleiteiam a participação da BNDESPAR em seu capital, são exigidos os seguintes critérios de elegibilidade, dentre outros:

- (1) viabilidade econômico-financeira, incluindo a análise de seus planos de crescimento;
- (2) boas práticas de governança corporativa e de transparência;
- (3) sustentabilidade e responsabilidade sócio-ambiental; e
- (4) compromisso de abertura de capital dentro de um prazo compatível com o seu plano de investimentos.

No entanto, as evidências indicam que os referidos critérios não foram bem avaliados, pela BNDESPAR, quando da concessão do apoio financeiro à Bertin. O próprio Banco elenca algumas das dificuldades enfrentadas ao longo do processo, conforme consta da instrução conjunta AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009:

- a) elevado endividamento em função da alta do dólar e da exposição a derivativos alavancados;
- b) piora na percepção do risco da companhia, implicando restrição a crédito bancário e não renovação de linhas;
- c) inadimplemento de clientes relevantes na Rússia, Egito e Leste Europeu, o que elevou a pressão no caixa da Companhia e agravou a já deteriorada situação de elevada alavancagem financeira;
- d) exposição ambiental negativa;
- e) falha na execução do processo de profissionalização da Bertin; e
- g) problemas de liderança e governança.

Com efeito, o investimento da BNDESPAR na Bertin estava se deteriorando, particularmente por problemas de financiabilidade, liquidez e governança. Em face da falta de perspectiva para a Companhia, naquele momento, os controladores da Bertin buscaram alguma forma de associação ou fusão com outro participante do mercado. No final do primeiro semestre de 2009, a Bertin iniciou negociações com a Marfrig, outro importante player do setor, visando contornar suas dificuldades financeiras por meio de uma associação. No entanto, após alguns meses de conversações, a negociação foi descontinuada, por questões associadas à governança da empresa e ao valor atribuído à Bertin, cuja proposta também implicava em prejuízos para o BNDES. A avaliação da participação da BNDESPAR na Bertin, proposta pela Marfrig, foi fixada em R\$ 1 bilhão. Nesta situação, caso fosse dado prosseguimento à operação, a BNDESPAR seria forçada a reconhecer uma perda de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão em seu investimento na Bertin. Ocorre

que o Banco havia aportado R\$ 2,5 bilhões na aquisição da participação de 26,92% no capital da Companhia.

O fato é relatado na instrução conjunta AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009 (p. 26):

Ao longo do primeiro semestre de 2009 a Família Bertin, controladora da Bertin, entendeu que seria desejável algum movimento de associação ou fusão com outro participante do setor, com [o] objetivo de dar um rumo para a companhia que, naquele momento, parecia estar sem direção em um ambiente hostil decorrente da crise.

Neste sentido; no final do primeiro semestre de 2009, a Bertin iniciou conversas com a Marfrig, outro importante player do setor, visando uma associação. Entretanto, após alguns meses de negociações nos mais diversos níveis, a operação foi descontinuada por questões associadas à governança da empresa combinada e ao valor atribuído à Bertin.

Cabe destacar que, nesta oportunidade, a proposta que a Marfrig fez pela Bertin implicava em uma avaliação da participação da BNDESPAR na Bertin em R\$ 1 bilhão. Nesta situação, caso fosse dado prosseguimento à operação, a BNDESPAR seria forçada a reconhecer uma perda de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão no investimento em Bertin, uma vez que o aporte total feito pela BNDESPAR para aquisição da participação de 26,92% no capital da Bertin fora de R\$ 2,5 bilhões.

Além disso, na estrutura da operação, certamente a BNDESPAR seria chamada a aportar novos recursos, uma vez que o endividamento combinado da empresa seria muito elevado, sendo que estimativas preliminares indicavam um aporte de R\$ 2 bilhões por parte da BNDESPAR [perfazendo] em um aumento de capital total de R\$ 4 bilhões.

A alternativa que se apresentou como solução para o dilema foi incluir a incorporação da Bertin pela JBS no âmbito do projeto proposto pela JBS com vistas à aquisição de participação acionária da empresa americana Pilgrim's, em 2009.

Para o Banco Público, os elementos motivadores da operação foram, em primeiro lugar, a Política de Desenvolvimento Produtivo do (PDP) do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), que visa a contribuir para a melhoria da competitividade da indústria brasileira e na qual o Sistema BNDES figura como ferramenta de execução do Governo. Em segundo lugar, o apoio ao processo de internacionalização de empresas e grupos nacionais, como parte do Planejamento Estratégico do Banco, também justificava a operação.

Por outro lado, as informações compiladas permitem concluir que a situação delicada em que a Bertin se encontrava, a necessidade de preservação de valor e a criação de liquidez para o investimento da BNDESPAR e a preservação do nível de alavancagem da JBS foram os principais motivadores da operação, conforme a instrução AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009 (p. 20 e 27) indica:

‘Por fim, destaca-se a preservação de valor e a criação de liquidez para o investimento da BNDESPAR em Bertin. A Bertin representa um importante grupo no agronegócio brasileiro, é um ativo estratégico no setor de carne bovina e couros, porém sua elevada alavancagem e questões críticas na Governança da Companhia poderiam colocar em risco seu valor.

Para a BNDESPAR, na condição de detentor de 26,92% do capital social da Bertin, a transação com a JBS reconheceu o potencial máximo da Bertin, não se vislumbrando melhor alternativa para o investimento da BNDESPAR.

(...)

A operação tem como objetivo principal preservar o nível de alavancagem da JBS em patamares sustentáveis, o que caso não fosse implementado, poderia ser danoso à exposição que o Sistema BNDES detém na Companhia e no Grupo Bertin.

Portanto, a transação de associação da JBS com a Bertin, foi uma alternativa encontrada pela BNDESPAR para preservar valor e gerar liquidez para seu investimento, tentar resolver ou minimizar questões críticas de governança na Companhia, preservar o nível de alavancagem da

JBS e evitar danos à exposição que o Sistema BNDES detinha na JBS e na Bertin. Segundo a BNDESPAR, a operação teria reconhecido a totalidade dos R\$ 2,5 bilhões investidos pelo Banco na Bertin.’

II. EXAME TÉCNICO

44. Neste capítulo da instrução são analisadas as alegações de defesa e razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, agrupadas por tópicos, em função das etapas das operações, da natureza das alegações e dos cargos e funções exercidos. Registre-se que os ofícios e respostas relativos às audiências realizadas no TC 034.935/2015-0 que serão analisadas no presente processo, em cumprimento ao item 9.6.6 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, foram copiados para este processo, às peças 1186 a 1389.

45. À peça 1456, encontra-se relação das peças referentes aos ofícios de comunicação das audiências, citações e oitivas realizadas, bem como dos comprovantes de ciência e respectivas respostas.

46. Anote-se, também, que o conteúdo das alegações de defesa e razões de justificativa de Joesley Batista e JBS S.A. (peças 1052, 1328, 518 e 921) não será analisado, tendo em vista o sobrestamento do processo em relação a eles, conforme exposto nos parágrafos 37 a 41 desta instrução. Tampouco serão analisadas suas solicitações em relação ao julgamento do processo.

2. ALEGAÇÕES PRELIMINARES

2.1. Aspectos processuais

2.1.1. Ausência de individualização das condutas imputadas

47. Mencionando o art. 8º da Lei 8.443/1992, o art. 5º, IV, da IN TCU 71/2012, bem como os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, os responsáveis alegam que a TCE padece do vício da não individualização das respectivas condutas dos imputados.

48. Afirmam que o presente processo é uma materialização do Direito Administrativo Sancionador, não se admitindo a atribuição de responsabilidade objetiva. Recorre-se à doutrina de Nelson Eizirik, no sentido de que é necessária a ‘caracterização da culpa própria, concreta e individual de cada um dos indiciados’; ‘mesmo quando componentes de órgão colegiado, deve ser exhaustivamente analisada e provada a participação de cada um deles no ato tido como ilegal’.

49. São mencionados trechos do Acórdão 247/2002-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, para apoiar a tese de falha na individualização das condutas:

[...] 5. Examino, então, a alegada contradição levantada pelo ora embargante. A responsabilidade do administrador público é individual. O gestor da coisa pública tem um campo delimitado por lei para agir. Dentro deste limite, sua ação ou omissão deve ser examinada para fins de individualização de sua conduta.

6. A simples existência de um fato apontado como irregular não é suficiente para punir o gestor. Impõe-se examinar os autores do fato, a conduta do agente, o nexo de causalidade entre a conduta e a irregularidade e a culpabilidade. Assim, verificada a existência da prática de um ato ilegal, deve o órgão fiscalizador identificar os autores da conduta, indicando sua responsabilidade individual e a culpa de cada um. [...]

50. No mesmo sentido, mencionam-se os Acórdãos 1.574/2014-TCU-Plenário, e 2.062/2014-TCU-Plenário, ambos relatados pelo Min. Aroldo Cedraz.

51. É feita outra menção ao Ministro Benjamin Zymler, que teria afirmado, em outra oportunidade: ‘Com todas as vênias de estilo, trata-se, nos termos dos precedentes desta casa, de citação genérica. Quem não comprova a aplicação de recursos é porque se omitiu de fazê-lo’

(Acórdão 592/2015-TCU-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler) (peça 276, p. 15).

52. Menciona-se, também, que se aplicariam ainda com mais razão e veemência nestes autos as preocupações dos Ministros Bruno Dantas e Benjamin Zymler no Acórdão 800/2017-TCU-Plenário, no sentido de que, sem a devida individualização das condutas, o contraditório não pode ser exercido, gerando nulidade do processo.

53. Também é feita menção a diversos doutrinadores e à jurisprudência do STJ (3ª S., rel. Min. Edson Vidigal, MS nº 7.077/DF, DJ 25/4/2001) e desta Casa, no sentido de exigência de prévia individualização das condutas dos imputados, citando, entre outros, os votos do Relator, Min. Aroldo Cedraz, no Acórdão 5041/2017-TCU-2ª Câmara e no Acórdão 2.062/2014-TCU-Plenário.

54. É apontado que as imputações realizadas se amparam em princípios constitucionais previstos nos arts. 37 e 70 da Constituição Federal, sem que se tenha, contudo, explicitado como cada um deles restou afetado pela suposta omissão dos membros dos Conselhos. Afirma-se que caso o TCU empregue princípios abertos para configuração de irregularidades sujeitas a seu poder punitivo, sem qualquer outro esteio legal ou infralegal, deve, no mínimo, e sem prejuízo das controvérsias jurídicas a esse respeito (aludindo ao art. 20 da LINDB), detalhar qual foi o princípio supostamente ofendido e como se deu sua violação.

55. Afirma-se, ainda, que houve descumprimento da Portaria TCU ADPLAN 1/2010, devido à não elaboração da matriz de responsabilização, o que reforçaria a tese de que não havia fundamentos suficientes para se imputar responsabilidades.

Análise

56. Ao contrário do alegado pelos responsáveis, é perfeitamente possível apurar e imputar responsabilidade individual nas decisões tomadas nos órgãos colegiados de uma empresa. Isso será melhor analisado mais à frente, na presente instrução, mas o fato é que a decisão colegiada é uma e indivisível, mas a atuação dos membros nessa decisão é individual, pois cada um tem a oportunidade de analisar os documentos e consignar seus votos, cabendo, assim, a responsabilidade pessoal dos administradores, mesmo quando atuam de modo colegiado. Isso, de forma alguma, se confunde com imputação de responsabilidade objetiva.

57. Dessa forma, a individualização das condutas dos membros dos colegiados, seja a Diretoria Executiva, os conselhos ou os comitês, não exige que se indique a atuação de cada membro, isoladamente, se o ato é exatamente a aprovação conjunta de determinada matéria. Se a deliberação foi tomada sem o cumprimento dos normativos aplicáveis ou sem observar o dever de diligência, essa conduta, em princípio, é atribuída a todos, a menos que conste da decisão algo que demonstre alguma atuação divergente. Se algum dos membros agiu de modo diverso, cabe a ele comprovar essa atuação, dentro do regular exercício da ampla defesa.

58. Isso não caracteriza, de modo algum, inversão do ônus da prova. No caso em análise, esgotaram-se as medidas possíveis de identificação de atuações individuais diversas no âmbito da atuação conjunta dos membros colegiados, pelo que se presume que todos agiram da mesma forma. A abertura da ampla defesa e contraditório permite que os responsáveis contradigam essa presunção, apresentando informações que não constaram das atas de reunião ou outros documentos dos autos e que demonstrem a atuação diferenciada, ou sob circunstâncias especiais, de determinado membro, levando à exclusão de sua responsabilidade. A existência dessa possibilidade, porém, não pode impedir que o órgão acusatório conclua pela imputação preliminar de responsabilidade a todos os membros. Adotar este entendimento seria abrir portas para a completa impunidade dos órgãos colegiados, pois bastaria a estes ocultar a atuação individual de seus membros, impedindo a individualização das condutas.

59. O mesmo raciocínio se aplica aos casos em que se imputa a omissão em exercer

determinada atribuição. Se esta cabia ao órgão colegiado, todos os seus membros são responsáveis, cabendo a eles demonstrar eventual exclusão de responsabilidade.

60. Da mesma forma, o raciocínio se aplica, em certa medida, aos signatários conjuntos dos relatórios de análise e instruções padronizadas. Na medida em que não foi possível identificar as exatas participações individuais na elaboração dos documentos, houve a necessidade de imputar responsabilidade a todos os signatários.

61. Tem-se, assim, que o Despacho do Relator de 14/3/2018 (peça 207 do TC 034.935/2015-0) e o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, complementado pelo Voto e Relatório que o integram, indicam de forma suficiente as condutas imputadas, os valores envolvidos e as respectivas formas de cálculo, não havendo que se falar em qualquer infração aos princípios do devido processo legal ou à ampla defesa.

62. Em relação à alegada ausência de Matriz de Responsabilização no Relatório da Auditoria, trata-se de instrumento utilizado pelo Tribunal para organizar informações, facilitando sua conferência e identificação, mas não deve nem pode ser tomado de forma isolada, como sendo documento necessário para imputação de responsabilidades.

63. Rejeitam-se, assim, as alegações quanto a esse ponto. Aspectos específicos sobre as imputações feitas a cada grupo de responsáveis serão examinados nos itens a eles relacionados, de forma coletiva e individual.

2.1.2. Alegações relacionadas ao devido processo legal e possível restrição ao exercício da ampla defesa e do contraditório

64. Os responsáveis alegam que não estavam preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 5º, § 1º, da IN TCU 71/2012 para instauração da TCE. Fazem menção à discussão havida em Plenário quando da prolação do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário, em que o Min. Bruno Dantas se posicionou no sentido de não haver elementos suficientes para a conversão do processo de auditoria em tomada de contas especial, o que acabou sendo acolhido pelo Relator do processo, resultando na formação de processos apartados. (Peça 276, p. 9)

65. Alega-se que os preceitos invocados pelo TCU no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário para materializar a acusação feita aos jurisdicionados são, em sua maioria, os mesmos utilizados para amparar diversas outras imputações consignadas no julgado, a dezenas de outros indivíduos com condutas e participações totalmente diferentes na operação de apoio à Bertin. Não teria sido realizada conjugação normativa que permitisse especificar ou desenvolver as supostas violações aos normativos apontados no Acórdão.

66. Não estariam especificados no ofício de citação quais normas e dispositivos teriam sido infringidos, o que obstaria o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório e seria motivo de nulidade do processo. Menciona-se que o Tribunal utilizou na imputação expressões como ‘em tempo exíguo’, ‘sem o embasamento necessário em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos’ e ‘sem uma efetiva análise criteriosa’ e que a operação expôs o BNDES ‘a desnecessário risco financeiro’, sem indicar, de modo objetivo, o que seria, de fato, um prazo tido como adequado para a elaboração dos documentos ou qual seria o ‘embasamento necessário’ ou a ‘efetiva análise criteriosa’ que eles deveriam apresentar ou, ainda, o que seria um risco financeiro considerado aceitável pelo Tribunal. Não haveria também qualquer norma que estabelecesse tais parâmetros.

67. Os responsáveis chamados em audiência, em atenção ao Despacho proferido pelo Relator em março de 2008 (peça 207 do TC 034.935/2015-0), alegam que foram intimados ao único e exclusivo fundamento de interrupção do prazo prescricional, sem que houvesse a identificação e a delimitação das condutas e das eventuais responsabilidades de cada um deles, o que caracterizaria a

nulidade do ato.

68. Aduzem que as primeiras tratativas e estudos a respeito do apoio solicitado pela Bertin datam de agosto de 2007. Assim, os fatos apurados no presente processo se passaram há mais de dez anos, estando já perdidos na difusa memória de pessoas que nem mesmo têm mais acesso a documentos, registros e bancos de dados de então. Muitos já se aposentaram há anos, não mais pertencendo aos quadros do BNDES, não mais tendo, assim, livre acesso às instalações e sistemas de informações do Banco. Essa circunstância faria com que a obtenção da totalidade dos elementos de convicção e provas documentais propriamente ditas, se torne materialmente impossível.

69. Afirmam que há impossibilidade de acesso aos materiais de trabalho e registros que ficaram da operação e do trabalho realizado naquele tempo. Ainda que estivessem na ativa, não conseguiriam demonstrar ao TCU todo o trabalho - além dos documentos hoje existentes - realizado pelas equipes técnicas da BNDESPAR.

70. Todo esse material - papéis de trabalho, planilhas, estudos setoriais, comparações com concorrentes, dentre outros -, que servia de subsídio para a tomada de decisão sobre o investimento, deixava de ser armazenado após a deliberação da Diretoria, na medida em que sua finalidade já tinha se esgotado com a existência dos produtos finais apresentados, como o relatório de análise e a própria decisão da Diretoria da BNDESPAR. Alegam que não seria razoável que todos esses dados constassem dos relatórios de análise ou das instruções padronizadas, pois a prática indica que a cada reunião as Diretorias do BNDES e da BNDESPAR deliberavam sobre mais de vinte matérias de todas as áreas da Instituição.

71. Asseveram que os documentos arquivados (e não os materiais-meio utilizados para as suas confecções) são aqueles expressamente previstos na Resolução 1.463/2007, alterada no decorrer da operação pela Resolução 1.797/2009, e no Regulamento Geral de Operações ('RGO'), aprovado pela Resolução 1.467/2007. Nunca o TCU teria apontado que os documentos propositivos (Informações Padronizadas - IPs - ou Relatórios de Análise - RAns) e seus anexos fossem insuficientes para comprovar a correta aplicação de recursos públicos e a completude do processo de análise. Exigir, agora, que houvesse outros documentos e informações seria mudar sua interpretação acerca da documentação a ser arquivada pelo BNDES nos dossiês das operações e, neste sentido, a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro ('LINDB'), notadamente seu art. 23, é clara: em casos de mudanças interpretativas por parte dos órgãos de controle ou jurisdicionais, estas não devem retroagir, sendo indispensável a estipulação de uma regra de transição.

72. Afirmam que 'exigir, como exige o TCU, após quase dez anos, a apresentação de todo esse cabedal e, ao não obtê-lo, entender que o mesmo não foi feito, é recusar-se a acatar um dado da realidade, é recusar-se a aceitar uma prática inteiramente lógica'. Acrescentam que o TCU poderia ter solicitado tais documentos na ocasião da auditoria realizada em 2009 (ver item 2.1.8. desta instrução), pois muitos ainda existiriam naquela época.

73. Alguns responsáveis alegam que contaram com poucos meses para formular uma defesa minimamente bem fundamentada, capaz de rebater, ponto a ponto, os questionamentos levantados pelo Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. Por outro lado, a equipe de auditoria da Corte de Contas estaria debruçada especificamente sobre esses fatos desde 2011, portanto, há mais de oito anos, quando recebeu a solicitação de análise por parte do Congresso Nacional. Nesse tempo puderam realizar análises, estudos e levantamentos, em assimetria aos defendentes, o que caracterizaria evidente prejuízo ao amplo exercício do direito de defesa, em afronta ao art. 5º, LV, da Constituição, por não terem sido garantidos aos defendentes os 'meios e recursos' inerentes à ampla defesa.

74. Afirma-se que a duração das apurações no âmbito do TCU não é razoável e prejudica a defesa, na medida em que quanto mais tempo passa, mais a defesa se torna difícil. Por esse motivo,

teria sido inserido o inc. LXXVIII, no art. 5º da Constituição de 1988, para garantir, a todos os litigantes, em processos judiciais ou administrativos, ‘a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’.

75. As defesas remetem à IN 71/2012 que, em seu art. 6º, inc. II, dispensa a instauração da tomada de contas especial, quando houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente. Seria um reconhecimento, pelo Tribunal, das dificuldades do defendente para o exercício da ampla defesa após o decurso de um lapso temporal tão vasto. Mencionam, também, jurisprudência do TCU nesse sentido, como o Acórdão 4.988/2017-TCU-1ª Turma, alegando ter ficado evidenciado o prejuízo à ampla defesa.

76. Responsáveis pelo Enquadramento e membros do Conselho Fiscal, em resposta à audiência, salientam que a pretensão punitiva manifestada pelo TCU em relação a eles fundamenta-se nos arts. 58 e 60 da Lei Orgânica do TCU (LO/TCU), cujas hipóteses não abarcam, todavia, a conduta dos jurisdicionados. Especificamente, quanto ao inciso III do art. 58, alegam que não se pode qualificar a conduta dos jurisdicionados como ato de gestão ensejador de dano ao erário, pois não atuam como administradores do Sistema BNDES e não têm, portanto, como propriamente praticar atos de gestão, além do fato de o dano ter sido afastado para eles. (Peças 1062, p. 76 e 1065, p. 70)

77. Refutam, também, a aplicabilidade ao caso do inciso II do art. 58, eis que não haveria infração a norma legal ou regulamentar, tampouco gravidade. Haveria, na pior das hipóteses, ‘mera inconformidade com normas internas do Sistema BNDES, cuja interpretação e aplicação pelo próprio Banco sequer era rígida e inflexível como o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário leva a crer’.

78. Ainda que a exigência de infração de norma legal ou regulamentar, estabelecida no art. 58, II, da LO/TCU fosse interpretada ampliativamente, para englobar ofensa a princípios constitucionais, faltaria identificar quais preceitos insculpidos no art. 37 da CF/1988 teriam sido inobservados no enquadramento da operação.

79. Rechaçam a gravidade da infração, também exigida pelo art. 58, II, da LO/TCU, pela constatação de que as finalidades e o núcleo exigido da fase de enquadramento foram atendidos ou preservados.

Análise

80. Ao contrário do alegado, estão presentes todos os requisitos para a instauração da tomada de contas especial. Os elementos fáticos e jurídicos foram demonstrados nas deliberações que levaram às audiências e citações aqui analisadas e serão objeto de novo exame pormenorizado na análise das alegações, sendo desnecessário reproduzi-los nesta seção da instrução. A questão da individualização das condutas já foi tratada no item anterior e não há inversão do ônus da prova.

81. As imputações foram feitas com base nos documentos existentes e fornecidos ao Tribunal. Em nenhum item o Tribunal exige a apresentação de outros documentos que não os formais, exigidos nas normas. Eventuais papéis de trabalho podem até ser aceitos para justificar alguma lacuna de análise, mas não é possível que se parta da premissa de que eles existiam à época e que supririam todas as falhas apontadas.

82. A questão temporal deve ser analisada à luz dos prazos prescricionais, o que será avaliado no próximo item. De todo modo, não se pode perder de vista que não se está diante de caso que ficou esquecido por anos e subitamente foi objeto de investigação. Como os próprios responsáveis anotam, as investigações sobre as operações envolvendo a JBS já se desenvolvem há anos, de modo que não é razoável imaginar que os responsáveis tenham se desfeito de suas anotações ou apagado da memória os acontecimentos.

83. Pelo mesmo motivo, não há que se aplicar a possibilidade de dispensa de instauração da TCE, prevista na IN TCU 71/2012. Há que se ressaltar, também, que essa norma trata da instauração, da organização e do encaminhamento dos processos de tomada de contas especial ao Tribunal de Contas da União, pela autoridade administrativa, caso diferente do aqui tratado, em que a TCE decorreu de fiscalização do Tribunal. E mesmo a dispensa prevista no art. 6º da norma pode ser afastada se houver determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, como previsto no *caput* do mesmo artigo.

84. A duração das apurações dentro do TCU, ainda que longas, encontram-se dentro da razoabilidade, sendo justificado o prazo de conclusão pelo volume de informações e pelos óbices gerados pelo BNDES no início dos processos.

85. As normas e princípios infringidos pelos responsáveis foram indicados ao longo do Relatório e Voto que integram o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. A menção mais genérica em alguns itens do Acórdão deve-se ao fato de haver vários grupos de responsáveis para a mesma irregularidade. De todo modo, não houve qualquer prejuízo para as defesas, que puderam se manifestar de forma completa sobre todos os atos e fatos que levaram às imputações de responsabilidades.

86. A análise quanto à fundamentação legal de eventuais punições aos responsáveis deve ser feita de forma individual, para cada responsável ou grupo de responsáveis, considerando as respectivas circunstâncias. É possível e necessário, no entanto, esclarecer, desde já, algumas questões acerca das alegações apresentadas a respeito.

87. Em primeiro lugar, deve-se registrar que a expressão ‘ato de gestão’ constante do inciso III do art. 58 da LO/TCU não se restringe aos atos praticados pelos Administradores, tais como definidos na Lei das S.A. Quaisquer ações praticadas pelos agentes públicos no exercício de suas competências, que acarretem, direta ou indiretamente, receitas ou despesas, ou impactem na legalidade ou legitimidade da atuação da entidade podem ser consideradas ‘atos de gestão’. São inúmeros os exemplos de multas aplicadas pelo TCU a não administradores.

88. Assim, os atos praticados pelos responsáveis pelo Enquadramento das operações, pelos membros do Conselho Fiscal e por outros responsáveis que não se enquadram como Administradores são passíveis de punição, nos termos do inciso III do art. 58 da LO/TCU.

89. Também cabe esclarecer, quanto ao mencionado inciso, que ele não se restringe aos atos que tenham acarretado dano ao erário. Conforme Voto do Relator, Ministro Adylson Motta, no Acórdão 24/2001-TCU-Plenário ‘a interpretação do inciso III do art. 58 da lei em comento deve contemplar as duas situações possíveis: ato de gestão ilegítimo e ato de gestão antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário’.

90. Dessa forma, ainda que afastado o dano aos cofres da BNDESPAR ou o nexo causal entre a atuação dos responsáveis e o dano eventualmente presente, é possível a aplicação de penalidade por ato ilegítimo, nos termos do inciso III, ou por ato ilegal, em linha com o inciso II do art. 58 da LO/TCU. A presença dos elementos que efetivamente autorizem e justifiquem a aplicação das sanções será verificada ao final da instrução.

2.1.3. Nulidade da audiência determinada no Despacho de 14/3/2018.

91. As defesas afirmam que não foram preenchidos os requisitos mínimos de admissibilidade de uma Representação no âmbito do TCU, previstos nas Resoluções 259/2014 (art. 103, § 1º) e 246/2011 (arts. 235, 237, inciso VI, e 250, parágrafo único), bem como na Lei 8.443/1992 (arts. 11 e 43, inciso II). (Peça 1376, p. 19-21)

92. Aduz-se que, ao determinar a abertura do TC 034.935/2015-0 (Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário), o Tribunal seguiu o voto do Ministro Relator no sentido de que ‘não obstante a

equipe de auditoria não ter registrado achados relativamente a essa operação [envolvendo a aquisição de ações da Bertin S/A e sua posterior incorporação pela JBS S/A], entendendo necessário destacar algumas informações e, ao final, propor encaminhamento específico'. Afirma-se que, mesmo após a análise empreendida, não tinham sido apontadas irregularidades em relação à operação em tela, tendo sido apresentadas questões que, no ponto de vista do TCU, poderiam ser mais bem esclarecidas. Assim, não haveria fundamentação para a realização de audiências.

93. Alega-se que a imputação realizada contra os jurisdicionados, por meio do Despacho do Relator de 14/3/2018 (peça 207 do TC 034.935/2015-0) carece de contornos normativos e fáticos mínimos para viabilizar o exercício do direito de defesa, com a segurança jurídica que seria necessária, 'especialmente em um processo de índole punitiva como o presente'. (Peça 1303, p. 6)

94. Afirma-se que o 'despacho sucinto' do Min. Relator acolheu como fundamentos 'tanto as análises contidas na instrução [...] quanto no parecer [da SecexEstatais/RJ]'. Todavia, instrução e parecer seriam conflitantes em diversos pontos, em relação aos quais o Min. Relator não se posicionou expressamente.

95. Os participantes da 240ª Reunião do CEC anotam que, nos ofícios de notificação das audiências, consta apenas o que foi descrito e determinado no despacho decisório, e não aquilo que foi expresso nas 'distintas e conflitantes manifestações' da SecexEstataisRJ. Dessa forma, os jurisdicionados teriam sido chamados a se defender apenas do enquadramento realizado 'com base em *valuation* superdimensionado', sem que fosse feita alusão a qualquer dispositivo supostamente violado, a outros supostos elementos caracterizadores da pretensa irregularidade ou à também suposta geração de dano ao erário. Assevera-se que 'restou consolidado, assim, um quadro (i) de absoluta falta de contornos normativos da imputação e (ii) de descrição fática da conduta imprecisa e (...) não individualizada'.

96. Aduz-se que o despacho de abertura do contraditório não imputa aos responsáveis descumprimento de qualquer comando legal, constitucional, ou mesmo de índole interna do Sistema BNDES. Aduz-se que tal lacuna não poderia ser suprida pelas manifestações da Secex por serem conflitantes entre si.

97. Aponta-se jurisprudência sobre a nulidade de punição sem indicação do dispositivo legal descumprido na notificação, bem como a Decisão Normativa TCU 155/2016, sobre Matriz de Responsabilização.

98. Os defendentes participantes da Reunião do CEC que aprovou o Enquadramento da operação de apoio à incorporação asseveram que (peça 1303, p. 22):

49. Diante desse contexto, valendo-se da garantia do contraditório e da jurisprudência do próprio TCU, os jurisdicionados não irão abordar, com propósito de defesa (direta e exauriente), qualquer questão que extrapole os limites da notificação recebida, mesmo que porventura prevista em alguma das conflitantes manifestações da SecexEstatais/RJ, não encampadas, de maneira minimamente clara, no despacho do Min. Relator. As colocações feitas nestas razões quanto a tais pontos se darão, portanto, a título de simples reforço argumentativo relacionado ao objeto único da imputação realizada, qual seja: a aprovação de enquadramento com base em *valuation* superdimensionado, sob pena das sanções previstas nos arts. 58 (multa) e 60 (inabilitação) da LO/TCU.

99. Questiona-se o fato de a determinação da realização de audiências dos responsáveis ter se dado por decisão monocrática, antes da efetiva instauração da Tomada de Contas Especial – ato de competência exclusiva do Plenário da Corte –, em razão da ausência de respaldo legal para o ato.

100. Outra violação teria sido constatada quando o Plenário do TCU desconsiderou a existência de prazos em aberto para a apresentação de razões de justificativa pelos responsáveis e deliberou pela conversão do processo de Representação em curso em uma Tomada de Contas

Especial. Tal ato ignorou o prazo para as manifestações dos responsáveis – supostamente requeridas com vistas à própria deliberação –, infringindo, desta forma, o devido processo legal como condição de confiabilidade da ordem jurídica.

Análise

101. O processo TC 034.935/2015-0 foi autuado como Representação a partir de determinação do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário, em virtude dos indícios de irregularidades apontados pelo Relator em seu voto.

102. Após a devida instrução do processo na unidade técnica (peças 202 e 203 do TC 034.935/2015-0), o Ministro-Relator determinou, em decisão monocrática, a realização de audiências, dentro de sua competência, conforme art. 11 da LOTCU. Essa decisão não dependia da instauração da tomada de contas especial, muito menos de deliberação de órgão colegiado do Tribunal, sendo perfeitamente regular, ao contrário do alegado.

103. Acerca da suposta contradição no despacho que determinou as audiências, que estaria no fato de a decisão adotar como fundamentos, ao mesmo tempo, instrução e parecer (peças 202 e 203 do TC 034.935/2015-0), que seriam conflitantes, há que se rejeitar as alegações. O despacho é claro em apresentar o ponto de divergência do Relator (parágrafo 8) e a adoção das demais propostas apresentadas no parecer do Diretor, conforme parágrafo 9:

9. Quanto às demais propostas de audiências, acolho aquelas apresentadas pelo Sr. Diretor em seu parecer, que inclui todas as propostas trazidas na instrução, por concordar com as retificações (§§ 114 a 118 do parecer) e complementações (§§ 119.1 do parecer) por ele apresentadas em relação às propostas oferecidas na instrução, conforme por ele resumidas em seu parecer:

104. Não há dúvida de que, nos pontos divergentes, prevaleciam as conclusões e propostas do Diretor. O acolhimento das análises contidas em ambas as peças como fundamentos da deliberação deu-se apenas porque o parecer do Diretor não é uma peça independente, mas sim, complementar à instrução.

105. Também estão explícitos no Despacho e nos ofícios de audiência os normativos legais e infralegais cujo descumprimento foi imputado aos responsáveis.

106. Por fim, não há irregularidade no fato de o Tribunal não haver ainda apreciado as razões de justificativa apresentadas em atenção às audiências determinadas no Despacho de 14/3/2018, por ocasião da prolação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, que converteu o processo em TCE. Embora fosse possível, em tese, que as audiências influenciassem as conclusões acerca do valor do dano e seus fundamentos, havia elementos suficientes a indicar a presença de débito, estando também preenchidos os demais requisitos para a instauração da TCE, sem prejuízo da posterior análise das razões de justificativa. No outro sentido, a apreciação do processo e sua conversão em TCE em nada prejudicaram a análise das razões de justificativa, a qual é realizada nesta instrução.

2.1.4. Nulidade da audiência dos responsáveis pelo Enquadramento da operação de aporte.

107. Alega-se que mencionada audiência seria nula, pois, no Despacho proferido em 14/3/2018, o Relator reconheceu que eventual pretensão punitiva do Tribunal já estaria prescrita, haja vista o decurso de mais de dez anos desde a prática das respectivas condutas (i.e., elaboração da instrução de enquadramento e deliberação de enquadramento).

108. Assim, tais responsáveis teriam recebido, já no despacho de março de 2018, decisão de mérito no sentido da impossibilidade de serem sancionados por supostas irregularidades ocorridas na operação. Teria ocorrido a ‘coisa julgada administrativa’, ‘ato de extinção do processo com resolução de mérito, gerador de expectativa legítima de afastamento definitivo da pretensão

punitiva do Tribunal’, o que somente poderia ser alterado mediante Recurso de Revisão.

Análise

109. De forma alguma, o primeiro entendimento sobre a prescrição da pretensão punitiva sobre tais atos caracterizou resolução de mérito da questão, como se alega. Tal manifestação de entendimento sequer caracteriza um julgamento, ainda que se admita que pudesse gerar alguma expectativa quanto ao afastamento da pretensão punitiva.

110. No Acórdão 1.160/2015-TCU-Plenário (Relator Min. Augusto Nardes), o Tribunal deixou assente a possibilidade de revisão de ofício de questões de ordem pública, que é o caso da prescrição. Entre outras decisões do Superior Tribunal de Justiça, foi mencionada a seguinte (destaques acrescidos):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS DE AMBAS AS PARTES. **QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE EXAME À QUALQUER TEMPO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.** VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. (sic)

1- Na linha dos precedentes desta Corte, as matérias de ordem pública (e.g. prescrição, decadência, condições da ação, pressupostos processuais, consectários legais, incompetência absoluta, impenhorabilidade, etc.) não se sujeitam à preclusão, podendo ser apreciadas a qualquer momento nas instâncias ordinárias.

(...) (REsp 1372133/SC, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, Sessão 5/6/2014, DJe 18/6/2014);

111. Dessa forma, não há que se cogitar de coisa julgada administrativa, sendo plenamente possível que o Relator revisse seu entendimento, até mesmo em decisão monocrática. No caso, porém, a determinação para realização das audiências se deu pelo Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, o que fulmina qualquer pretensão de nulidade do ato.

2.1.5. Prescrição das pretensões sancionatória e de ressarcimento

Da prescrição do ressarcimento ao erário

112. Segunda as defesas, a Súmula 282 deste Tribunal, segundo a qual ‘As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis’, data de 15/8/2012 e já teria sido afastada por decisões recentes do Supremo Tribunal Federal - STF.

113. Menciona-se que, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG, o Plenário do STF firmou a Tese de Repercussão Geral 666, que se tornou o Tema 666, segundo o qual ‘[é] prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil’. Esse seria o caso do presente processo, uma vez que não se buscaria imputar aos requeridos qualquer ilícito penal ou ato de improbidade administrativa.

114. Afirma-se que não foi caracterizada conduta dolosa de qualquer responsável, o que seria condição necessária para se aventar a possibilidade de imprescritibilidade. Nesse sentido é mencionada também a Suprema Corte em relação ao Tema 879 (RE nº 852.475 - RG/SP), em que se consideram imprescritíveis apenas as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na legislação de improbidade administrativa via judicial.

115. No julgamento do RE 636886, com repercussão geral, o STF também teria firmado a tese expressa no Tema 899 de que ‘é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas’. Acrescentam que, consoante a Súmula 150 do STF, ‘[p]rescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação’.

116. É mencionada decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, proferida no dia 14/2/2019, nos autos do MS 35.971, pela qual foram suspensos os efeitos de condenação imposta pelo Acórdão 439/2018-TCU-Plenário de ressarcimento ao erário, referente a débito vencido há mais de cinco anos.

117. Aplicar-se-ia, então, o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999, a contar da ocorrência do fato, como já teria reconhecido o STF. Não tendo havido interrupção no prazo prescricional quinquenal, teria ocorrido a prescrição. A apoiar a tese, menciona-se, ainda, o voto do Ministro-Relator Benjamin Zymler no Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário, bem como doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (peça 276, p. 22).

118. Afirma-se que, nas ações judiciais, o ônus probatório é do autor, enquanto nas tomadas de contas, é do gestor. Não seria razoável impor aos gestores de recursos públicos que guardem provas por toda a vida, ante a possibilidade de instauração futura de procedimento junto ao TCU. Para equilibrar os bens jurídicos em jogo, é preciso que se compensem as prerrogativas concedidas às instituições de fiscalização administrativa – em sentido amplo –, sujeitando seus poderes punitivos a prazos prescricionais inferiores – ou, pelo menos, não superiores – aos aplicáveis em ações judiciais equiparáveis, de maneira a preservar a viabilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa pelos particulares envolvidos. Apresenta-se precedente do Superior Tribunal de Justiça que confirmaria essa tese (peça 1301, p. 21).

119. Outra alegação apresentada refere-se ao Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler, pelo qual a Corte de Contas, em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, teria decidido que o prazo para o exercício da sua pretensão de ressarcimento é de dez anos, nos termos do art. 205 do Código Civil, contado a partir da ocorrência do alegado ato ilícito, sendo que a interrupção desse prazo ocorre na data em que for ordenada a citação, com fulcro no art. 202, parágrafo único, do mesmo Código Civil.

120. Afirma-se que o TCU não atentou para a circunstância de que tal regra se aplica exclusivamente às relações de natureza estritamente privada, o que, em linha de princípio, não abrangeria aquelas que contassem com a participação da Administração Pública, para as quais aplica-se a regra geral do processo administrativo. Tal entendimento estaria suportado por decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança 32201/DF, julgado em 23/3/2017, tendo como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que a prescrição no âmbito do TCU é administrativa e se submete, portanto, ao mesmo prazo referencial de cinco anos previsto em diversos dispositivos legais, dentre os quais: Decreto 20.910/32; Código Tributário Nacional, arts. 168, 173 e 174; Lei 6.838/80, art. 1º; Lei 8.112/90, art. 142, I; Lei 8.429/92, art. 23; Lei 12.529/2011, art. 46.

121. Menciona-se trecho de Voto do Min. Vital do Rego no Acórdão 5.928/2016-TCU-2ª Câmara, em que menciona que ‘o traço distintivo da decisão do STF foi permitir a incidência da prescrição nos débitos da União decorrentes de ilícitos civis, quando o fato gerador de tal débito iguala a União à posição de particular, sujeitando-a, então, aos mesmos ditames temporais que regem as relações particulares’. (Peça 276, p. 26-28)

122. Apresenta-se, também, trecho de Parecer do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), de 19/8/2020, nos autos do TC 027.624/2018-8, por meio da Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, segundo o qual não restaria dúvida de que o STF, com o julgamento do Recurso Extraordinário 636.866, sedimentou o entendimento de que é prescritível a pretensão de ressarcimento do TCU. (Peça 940, p. 5)

Da prescrição da pretensão punitiva

123. A decisão adotada nos autos do Mandado de Segurança 32.201/DF, já mencionada,

afastaria, também, a pretensão sancionatória do TCU, a qual, na visão do Min. Luís Roberto Barroso, é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.

124. Em relação à interrupção da contagem do prazo prescricional, alega-se que, na linha do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no MS 32.201/DF, no tocante à causa interruptiva prevista no artigo 2º, II, da Lei 9.873/1999, a prescrição da ação punitiva apenas se interrompe ‘por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato’. Assim, não se enquadraria como ‘ato inequívoco’ a determinação de realização de auditoria de conformidade junto ao BNDES e à BNDESPAR em 28/5/2014, por meio do Acórdão 1.398/2014-TCU-Plenário, com o objetivo genérico 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 à aplicação de multas, a aquisição de debêntures e eventual prejuízo sofrido pelo banco com a troca dessas debêntures por posição acionária da empresa frigorífica.

125. Os responsáveis apontam, adicionalmente à suposta falta de especificidade do escopo da auditoria, que o Tribunal de Contas da União apenas dirigiu suas requisições ao Banco, nunca tendo se dirigido aos funcionários arrolados, que não tinham conhecimento da condução de uma auditoria de conformidade por parte do Tribunal. Defende, assim, que o cálculo da prescrição se inicia na data do fato e é interrompido apenas por ocasião da sua citação. (Peça 1343, p. 5-8)

126. Ressaltam o entendimento consolidado da 6ª Turma do TRF da 1ª Região, da desembargadora federal do TRF da 4ª Região Marga Barth Tessler e do professor Nelson Eizirik, segundo os quais, para a ocorrência do efeito interruptivo da prescrição, é necessário o conhecimento daqueles atingidos pelo ato investigativo em razão do princípio do devido processo legal e do contraditório, não se podendo cogitar de ‘interrupção secreta’.

127. Além da alegação da ocorrência da prescrição geral, é requerido o reconhecimento da incidência da prescrição intercorrente, na medida em que, entre a determinação de apuração dos fatos relacionados à presente Tomada de Contas e a sua autuação, transcorreram mais de três anos.

128. É mencionado, também, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ sobre a possibilidade de aplicação não apenas do instituto da prescrição, mas também da decadência. O STJ teria entendido que a Administração Pública perderia o próprio direito subjetivo de anular atos eivados de algum vício e que, portanto, não caberia ao TCU exercer qualquer comando para o ressarcimento do dano. Nesse sentido, no âmbito do REsp 1480.350/SR, o STJ assentou o prazo decadencial de cinco anos entre a data do fato e a data da citação pelo TCU, em processos de tomada de contas especiais.

Da inaplicabilidade da teoria da *actio nata*, sob a ótica subjetivista

129. É questionado o fato de o Tribunal haver adotado a tese de contagem do fluxo prescricional adotada na abertura do processo TC 033.879/2018-4, por meio do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, qual seja, ter considerado que o prazo de prescrição relativo a supostas irregularidades praticadas por (ex)empregados do Sistema BNDES em operação de investimento na Bertin S.A. não deveria ser computado desde a ocorrência dos fatos – como indicaria sua própria jurisprudência, uniformizada pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, mas apenas a partir de 2015, quando houve o julgamento do Mandado de Segurança (MS) 33.340 pelo STF. Segundo o entendimento adotado pelo TCU, somente a partir da apreciação do citado MS e consequente término da praxe de oposição de sigilo bancário e empresarial por parte do BNDES, teria sido possível realizar uma adequada investigação da operação, não tendo havido anteriormente inércia por parte da Corte.

130. Destaca-se o Parecer do Ministério Público no referido processo, transcrevendo-se o

seguinte trecho:

34. No que se refere ao termo inicial do lapso prescricional, entendo que deve ser o mesmo que correntemente é utilizado pelo Tribunal, ou seja, a data da prática do ilícito administrativo.

35. Tal termo *a quo* fundamenta-se no princípio da *actio nata*, positivado no art. 189 do CC/2002, *in verbis*: ‘Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206’.

36. A adoção do início da contagem do prazo a partir do conhecimento, pelo TCU, dos fatos tidos como irregulares, *data vênia*, não deve ser adotado, tendo em vista a possibilidade de se estender por prazo indeterminado a pretensão punitiva do Tribunal, afrontando a segurança jurídica.

131. Afirma-se que o entendimento do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário não merece prosperar, porque acaba combinando elementos de dois ordenamentos distintos: o prazo prescricional decenal disposto na legislação civil com o termo inicial de contagem da prescrição estabelecido pelas regras gerais de Direito Administrativo. Seria despropositado utilizar o Código Civil, com o objetivo de aplicar por analogia uma norma jurídica de natureza eminentemente privada, em relações ocorridas no âmbito da Administração Pública, haja vista a distinção entre os fatos abarcados por aquela legislação e os inerentes à relação entre a União e os administrados, no âmbito dos processos do TCU. A defesa de Luiz Fernando Linck Dorneles menciona doutrina (peça 429, p. 28):

89. Diversos administrativistas defendem o mesmo pensamento. Nesse sentido, veja-se o posicionamento de Hely Lopes Meirelles:

‘(...) **quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos**, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)’.

90. No mesmo diapasão, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

‘não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. (...) **Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, visto que, sendo as razões de Direito Público, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte.**

(...)

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações. (...) Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso (...), o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos (...).’

132. Para as defesas, mesmo que se entenda que a Corte de Contas está sujeita ao prazo prescricional estabelecido pelo Código Civil, cumpre destacar que a Lei, em seu art. 189, dispõe que ‘violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206’. Portanto, a prescrição deve ser contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, e não do conhecimento do fato. Menciona-se lição de Alan Martins e Antonio Borges de Figueiredo (peça 429, p. 30):

‘obtempere-se, contudo, que a adoção expressa da concepção subjetivista como regra sempre impingiria o ônus da prova da data exata do conhecimento da violação a alguma das partes ou até a terceiros. Poderiam surgir dificuldades e prejudicar a segurança jurídica que busca o instituto da

prescrição, **razão pela qual o codificador de 2002 adotou uma concepção objetivista do princípio *actio nata*, estabelecendo, como regra, o momento da violação como termo inicial do lapso prescricional** (art. 189).’ (destaques da defesa)

133. O artigo 189, estabelecendo regra geral sobre o instituto, dispõe que a prescrição começa a correr da violação do direito. A contagem do prazo prescricional a partir do conhecimento do fato é excepcional, e mencionada expressamente na lei. Menciona-se, como exemplo, o Código Civil, art. 206, § 1º, inc. II, al. ‘b’. Novamente recorre-se a Alan Martins e Antonio Borges de Figueiredo (peça 429, p. 31):

‘portanto, agora, somente se conta a prescrição a partir da data do conhecimento da violação em situações excepcionalmente expressas em normas específicas, como é o caso das pretensões do segurado pelo segurador, ou deste contra aquele, cujos prazos prescricionais anuais devem ser contados: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão (CC/02, art. 206, §1º, inciso II, a e b).’ (destaques da defesa)

134. Argumenta-se que as causas de suspensão do prazo prescricional dispostas no Código Civil (art. 197) são causas pessoais, ou seja, quando a própria pessoa pode praticar o ato. No entanto, a suposta omissão no fornecimento de informações aludida pelo TCU não teria sido praticada pelos justificantes. A própria decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança 33.340-DF foi direcionada ao BNDES, não a qualquer justificante.

135. O Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, ao alegar que o prazo prescricional somente deveria ser computado a partir do momento em que obteve acesso integral a dados e informações, acabaria por penalizar o Justificante por ato que ele não praticou – e que não lhe cabia praticar. Não há nexo de causalidade entre a conduta dos responsáveis e o fato da entrega ou não de documentação, haja vista que não lhes cabia tal obrigação, sendo fato de terceiro.

136. Afirma-se que, ainda que tenha havido, sob os olhares de hoje, algum óbice fiscalizatório, ele teria decorrido de interpretação jurídica razoável acerca do alcance do sigilo bancário e empresarial aplicáveis ao BNDES. A questão tem origem em março de 2008, quando da publicação do acórdão proferido pelo E. STF no Mandado de Segurança 22.801-6/DF, impetrado pelo Banco Central do Brasil contra o TCU, no qual foi declarado que a Lei Complementar 105/2001 não conferiu ao TCU poderes para determinar a quebra de sigilo bancário. Diante disso, em 2/7/2008, foi expedida a Nota AJ/COJIN 023/2008 pela Área Jurídica do BNDES, na qual foi informada a modificação de entendimento acerca da possibilidade de remessa de informações protegidas pelo sigilo bancário ao TCU. De acordo com a Nota AJ/COJIN 023/2008, ‘embora o BNDES não seja, de plano, obrigado a opor o sigilo bancário ao TCU (...) caso continue a conceder ao TCU acesso a informações sigilosas, um terceiro prejudicado poderá ajuizar um mandado de segurança perante o STF, tendo, por certo, seu pedido julgado procedente’.

137. Aduz-se que o próprio TCU parecia aceitar a tese do sigilo, tanto que apenas no final de 2014 irressignou-se a respeito, determinando que o Banco lhe enviasse documentos sem tarjas, nos termos do Acórdão 2.462/2014-TCU-Plenário. O silêncio do Tribunal teria legitimado a prática. À luz dos arts. 23 e 24 da LINDB, conclui-se que o Tribunal não poderia modificar, de modo repentino, sua interpretação anterior a respeito da conduta do BNDES que, afinal, suscitava dúvidas razoáveis a respeito de questões relativas ao sigilo bancário.

138. Especificamente em relação ao Enquadramento da operação de aporte na Bertin, alega-se que o TCU recebeu os documentos necessários para a apuração da atuação do CEC na forma requisitada, não tendo havido qualquer sonegação, logo não haveria por que não estar correndo o prazo prescricional (peça 429, p. 46-49). Outra alegação é a de que o TCU não informou quando requereu, pela primeira vez, a instrução de enquadramento da operação Bertin. Como esse

fato específico, isto é, a requisição da instrução de enquadramento, não foi suscitado na época pelo Tribunal como circunstância suspensiva diante da oposição de sigilo, tem-se que não houve suspensão do prazo prescricional em face dos jurisdicionados, que, afinal, se esgotou, mesmo se considerado o prazo decenal, rejeitado pelo Poder Judiciário.

139. No mesmo sentido, afirma-se que o Relatório de Análise sempre esteve disponível ao TCU. Diversas defesas afirmam que, para cogitar a aplicação dessa tese, o TCU deveria indicar que documentos ou informações foram sonegadas e impediram a análise realizada pela unidade técnica.

140. A tese adotada no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário seria uma afronta aos princípios da legalidade, segurança jurídica e devido processo legal, por criar uma regra prescricional nova, extremamente gravosa, incerta e desfavorável ao defendente. Estar-se-ia diante do que a doutrina jurídica denomina de analogia *in malam partem* (desfavorável ao acusado), que deveria ser rechaçada no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, como já teria decidido o STJ (REsp 1.216.190, Segunda Turma, Min. Rel. Mauro Campbell, j. 2.12.2010).

141. Afirma-se, ainda, que eventual recusa em seguir o entendimento sólido das cortes judiciais brasileiras atenta contra o princípio da eficiência na Administração Pública. Trata-se de questão mais complexa do que a simples aplicação do preceito de independência das instâncias, eis que a jurisprudência acima dirige-se expressa e diretamente a esta Corte de Contas.

Análise

142. A questão da prescrição punitiva no âmbito dos processos desta Corte e seu respectivo prazo já foi exaustivamente debatida pelo seu colegiado no âmbito do processo TC 030.926/2015-7, tendo sido prolatado o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que teve como relator o Ministro Benjamin Zymler e como redator o Ministro Walton Alencar Rodrigues.

143. Naquela oportunidade, foram analisados todos os dispositivos legais que tratavam dos prazos prescricionais e do contexto em que tais normativos deveriam se aplicar, considerando todas as pretensões e ações, quer se tratasse de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. Após longo debate, o Colegiado desta Corte prolatou o mencionado acórdão, que deixou assentado que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;

9.1.5. haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, §2º, do Regimento Interno;

9.1.6. a ocorrência desta espécie de prescrição será aferida, independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992;

144. Como se observa, o Acórdão trata da prescrição da pretensão punitiva, não do ressarcimento, como alegado por algumas defesas.

145. Nos últimos anos, esta Corte, por meio dos Acórdãos a seguir transcritos, dentre vários outros, reafirmou seu entendimento com relação às questões ora analisadas, quais sejam, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário e a prescrição a ser considerada para a pretensão punitiva no âmbito dos processos no TCU.

Acórdão 2460/2021-TCU-Plenário, Relator Bruno Dantas, em 13 de outubro de 2021.

Voto

31. Embora eu reconheça que os posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, em casos recentes, possam ensejar a revisão da jurisprudência deste Tribunal, a Suprema Corte não julgou, com repercussão geral, até o presente momento, causa sobre a prescrição dos processos de controle externo desta Casa.

32. No RE 636.886/AL (tema 899 da repercussão geral), muito alegado pelas partes em recentes processos desta Corte, o STF, ao julgar os embargos de declaração, assim se pronunciou no voto condutor do acórdão, de autoria do Ministro Alexandre de Moraes:

‘Os argumentos acima elencados conduzem à conclusão no sentido de que a pretensão executória de título executivo proveniente de decisão do TCU da qual resulte imputação de débito ou multa é prescritível; e, portanto, a ela se aplica o prazo prescricional da Lei de Execução Fiscal.

Nenhuma consideração houve acerca do prazo para constituição do título executivo, até porque esse não era o objeto da questão cuja repercussão geral foi reconhecida no Tema 899, que ficou adstrito, como sobejamente já apontado, à fase posterior à formação do título.

Reitere-se: Após a conclusão da tomada de contas, com a apuração do débito imputado ao jurisdicionado, a decisão do TCU formalizada em acórdão terá eficácia de título executivo e será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), por enquadrar-se no conceito de dívida ativa não tributária da União, conforme estatui o art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964.’ (grifos do Voto)

33. Julgo, portanto, que se mantém hígida, por ora, a jurisprudência pacífica desta Corte de Contas pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, sem prejuízo de que a questão possa ser objeto de novo entendimento a ser construído por esta Corte a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. Quanto à prescrição da pretensão punitiva, tratarei mais adiante neste voto.

(...)

153. No que se refere à pretensão da prescrição punitiva, ela subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), dez anos, sendo interrompido pelo ato que ordenar a citação, conforme decidido no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

ACÓRDÃO 6.580/2019 - TCU - 1ª Câmara, Relator: Ministro Benjamin Zymler, em 30 de julho de 2019.

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. ANVISA. NÃO COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS. PRESCRIÇÃO PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. FALECIMENTO DE RESPONSÁVEL ANTES DO SEU CHAMAMENTO NOS AUTOS. CITAÇÃO NULA. LONGO DECURSO DE PRAZO ENTRE FUTURA CITAÇÃO DOS SUCESSORES E OS FATOS GERADORES DO DANO (MAIS DE 10 ANOS). PREJUÍZO AO EFETIVO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA PERANTE ESTA CORTE. **SÃO IMPRESCRITÍVEIS AS AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR PREJUÍZOS GERADOS AO ERÁRIO.** RESPONSABILIDADE SUBJETIVA PERANTE O TRIBUNAL. ÔNUS DO GESTOR DE COMPROVAR A REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS A ELE CONFIADOS. ARGUMENTOS

RECURSAIS INSUFICIENTES PARA AFASTAR O DÉBITO DECORRENTE DE DESVIO DE FINALIDADE NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL EM RELAÇÃO A DOIS RECORRENTES E PROVIMENTO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS. Nos apelos, os recorrentes argumentam as seguintes questões preliminares: a) a ilegitimidade passiva do sr. Luiz Plínio Moraes de Toledo, tendo em vista seu falecimento; b) o longo decurso de tempo entre a futura citação dos sucessores do sr. Luiz Plínio Moraes de Toledo e os fatos geradores do dano, prejudicando, assim, o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa; e c) a ilegitimidade passiva da viúva meeira e dos dirigentes da entidade. **No mérito, alegam: a) a prescrição do débito imputado aos responsáveis;** e b) a existência de elementos de prova capazes de afastar o débito apontado pelo Tribunal. (...) **Acerca da alegada prescrição do débito, lembro que o ressarcimento ao Erário é imprescritível, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição, da Súmula TCU 282 e da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MS 26210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 4/9/2008, DJe 9/10/2008, dentre outros).** Assim, a tese não merece acolhimento.

146. Podem ser mencionados, ainda, os Acórdãos 1.960/2020 e 2.182/2020, ambos da lavra do Ministro Aroldo Cedraz, o Acórdão 1361/2021, Relator Benjamin Zymler, ou o Acórdão 704/2021, Relator Jorge Oliveira, todos do Plenário do TCU.

147. Embora já considerado nas decisões acima mencionadas, cabe reforçar a inaplicabilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário 636.886 (AL). Nesse sentido, cabe transcrever trecho do elucidativo pronunciamento do Auditor Federal de Controle Externo Bruno Hartz, titular da Diretoria de Finanças desta unidade técnica, no âmbito do processo TC 018.668/2020-8 (peça 75 daqueles autos):

7. Ainda assim, tem-se alegado em processos afins que o Acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário 636.886 (Alagoas), com repercussão geral, teria modificado o entendimento acerca do prazo prescricional estabelecido internamente pelo TCU, que deveria observar os ditames da Lei 9.873/1999, a qual ‘estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências’.

8. No caso concreto objeto daquele RE, estava-se decidindo acerca da prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, tendo o colegiado se manifestado pela prescritibilidade e observância dos prazos prescricionais da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

9. Logo, a questão jurídica posta em juízo tratava de assunto externo ao Tribunal de Contas da União, concernente à execução, pela Advocacia-Geral da União (AGU), dos acórdãos do TCU de que resulte imputação de débito ou multa, o qual constitui título executivo, nos termos de art. 71, § 3º, da Constituição Federal.

10. Portanto, era essa possibilidade de prescrição das ações de execução de acórdãos do TCU que constituía a *ratio decidendi* (ou o *holding*) do Recurso Extraordinário 636.886, ou seja, o entendimento jurídico emergente do precedente.

11. Foi em manifestação isolada que o Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes posicionou-se sobre a prescrição no âmbito interno dos processos apreciados pelo Tribunal de Contas da União, com o entendimento pela observância da Lei 9.873/1999. Desta forma, seu voto deve ser compreendido como *obiter dictum*, ou seja, um posicionamento que não é determinante para o caso, não tendo os mesmos efeitos de repercussão geral da *ratio decidendi*.

12. Conforme ensina Martín Orozco Muñoz em sua obra *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante* (p. 186), o fundamento normativo ou norma jurídica fundamentadora da sentença constitutiva da *ratio decidendi* é perfeitamente diferenciável de outros elementos ou componentes da decisão judicial, *in verbis* (tradução livre):

a) diferencia-se, em primeiro lugar, dos preceitos normativos invocados na decisão como fundamento do julgado, já que a *ratio decidendi* não é um determinado artigo ou parágrafo da lei (que seria a fonte de direito aplicada), senão a norma criada pelo tribunal em virtude de sua função seletiva e interpretativa do ordenamento jurídico;

b) difere, igualmente, de qualquer consideração ou fundamento normativo contido na decisão que não seja determinante para o julgamento do caso, configurando-se tais fundamentos colaterais ou irrelevantes como *obiter dictum ou dicta ou gratis dictum*;

c) difere, em terceiro lugar, da decisão que, no máximo, poderá ser configurada como norma particular do caso concreto, porém não propriamente como fundamento normativo ou norma geral que sustenta a própria decisão; e,

d) finalmente, a *ratio decidendi* constitui o fundamento normativo da decisão, não seu fundamento fático, sem prejuízo de que dito fundamento fático pode ser determinante para manter a vinculatividade ou não do precedente, de acordo com o grau de similitude entre o substrato fático do caso a resolver e o resolvido através do precedente.

13. Ademais, o próprio Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes assevera a necessidade de modulação dos efeitos da aplicação do novo prazo prescricional que sugere, deixando claro que essa novel decisão não deveria operar efeitos para todos os atos passados de maneira indiscriminada (*ex tunc*), como fazem crer muitos defensores dessa tese suscitada pela aludida autoridade judicial.

14. Afinal, afronta a segurança jurídica, sendo eivada de inconstitucionalidade, portanto, que do dia para noite seja alterada, com efeitos retroativos, uma norma que vinha sendo observada há muitos anos pelo TCU, tendo sido erigida toda uma estrutura administrativa para fazer cumpri-la nos exatos termos em que estava configurada.

15. Em se tratando especificamente da questão da prescrição, ainda há o agravante de incentivar a impunidade, podendo acarretar um sem número de ações judiciais para reverter condenações proferidas no passado por esta Corte de Contas, que, repita-se, está estruturada para observar um prazo prescricional de dez anos e não de cinco, sem mencionar o enorme prejuízo a diversos processos de controle externo hoje em andamento que apontam graves irregularidades na Administração Pública e, ainda, vultosos desvios de dinheiro público.

16. Sendo assim, embora o voto do Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes possa sinalizar a existência de futuro posicionamento do STF sobre matéria prescricional no TCU, por exemplo, em outro acórdão de repercussão geral, aquele examinado aqui (Recurso Extraordinário 636.886) não vincula este Tribunal.

148. Em recente deliberação desta Corte, o Ministro Relator Benjamin Zymler, no Acórdão 2.951/2021-TCU-Plenário, ratificou o entendimento acima exposto, porém apontou, assim como ocorreu em outras deliberações, para a possibilidade de que haja uma modificação no entendimento firmado no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, tendo em vista as decisões do Supremo Tribunal Federal:

70. Recentemente, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 636.886/AL (Tema 899), assentou a tese de que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao Erário fundada em decisão do Tribunal de Contas. Os embargos de declaração opostos ao decisum foram apreciados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual ocorrida de 13/8 a 20/8/2021.

71. Na ocasião, o Tribunal, por maioria, rejeitou o expediente recursal, nos termos do voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, vencidos os Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin. Consta do voto a seguinte passagem:

‘Os argumentos acima elencados conduzem à conclusão no sentido de que a pretensão executória de título executivo proveniente de decisão do TCU da qual resulte imputação de débito ou multa é prescritível; e, portanto, a ela se aplica o prazo prescricional da Lei de Execução Fiscal.

Nenhuma consideração houve acerca do prazo para constituição do título executivo, até porque esse não era o objeto da questão cuja repercussão geral foi reconhecida no Tema 899, que ficou adstrito, como sobejamente já apontado, à fase posterior a formação do título.’

72. Desse modo, se a questão decidida no RE 636.886 AL (Tema 899) não tratou da prescritibilidade das medidas administrativas adotadas no curso do processo de controle externo, ou seja, da existência de prazo prescricional para a constituição do título executivo extrajudicial por tribunal de contas, vinha defendendo que não haveria razões para se cogitar em mudança na jurisprudência desta Corte de Contas, segundo a qual são imprescritíveis os processos de controle externo que tratem de dano ao Erário decorrente da irregular aplicação de recursos públicos.

73. Contudo, com a superveniência do julgamento da ADI 5509, o Pretório Excelso voltou a sinalizar no sentido de que os processos de controle externo estão sujeitos ao prazo prescricional quinquenal previsto na Lei 9.873/1999, sendo o termo inicial da prescrição a data do vencimento do prazo para a apresentação da prestação de contas ou, não havendo o dever de prestar contas, a data do conhecimento do fato pelo TCU.

149. Ante o reiterado posicionamento do TCU, cabe rejeitar as alegações defendendo a prescritibilidade do débito imputado e a aplicação do prazo de cinco anos para prescrição da ação de ressarcimento e da pretensão punitiva, sem prejuízo de apresentar análise da prescrição segundo esses prazos, para o caso de haver a mencionada mudança de entendimento.

150. Antes, porém, passa-se à análise das alegações relativas à contagem do prazo de prescrição a partir da data da decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança 33.340-DF, 26/5/2015, seguindo a linha subjetivista da *actio nata*.

151. A referida linha subjetivista defendida pelo Em. Ministro em seu voto, a qual teve o acolhimento desta Corte, pressupõe que a prescrição punitiva com relação aos atos praticados neste processo começaria a ser contada a partir do levantamento das severas restrições praticadas pelo BNDES ao acesso desta Corte a seus documentos, suspensas após a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal - STF do mandado de segurança MS 33340, impetrado por aquele banco, que questionava o direito de acesso desta Corte às informações sobre as operações daquele banco público. Cabe rememorar trecho do voto em que esta questão foi abordada:

27. Voltando à questão da prescrição no presente processo, e em outros que tratem de operações do BNDES, casos nos quais este Tribunal se viu obstado em seu dever de apreciar os atos praticados pela Administração, em razão da classificação de sigilo de informações, entendo que a linha subjetivista deva ser adotada.

28. Conforme é da ciência deste Colegiado, todas as operações finalísticas do BNDES eram consideradas, até recentemente, como sigilosas, em razão da existência de restrições relacionadas à preservação das informações bancárias e empresariais, o que impedia que se tornassem não apenas de conhecimento público, mas também do conhecimento dos órgãos de controle. Talvez fosse possível saber da existência das operações, mas com certeza não era possível acessar as informações necessárias à avaliação da regularidade das mesmas, e, em consequência, em exercer o dever de controle dos atos a elas referentes.

29. Ora, se um ato praticado por um agente público é classificado como sigiloso, não é razoável entender que esteja correndo prescrição durante o prazo em que for mantido em sigilo. Ainda que se reconheça a necessidade de se conferir estabilidade às relações jurídicas dele advindas, é de se reconhecer que a pretensão daqueles eventualmente atingidos em seus direitos por esse ato não pode fenecer durante o período que o detentor do direito e da necessidade de conhecer os atos praticados se vir obstado de deles tomar conhecimento. Em se tratando da administração pública e do patrimônio público, não é razoável, a meu ver, que corra prescrição contra os órgãos de controle em relação aos atos administrativos sigilosos enquanto tal sigilo impedir que os atos sejam por eles conhecidos e apreciados.

30. Apenas a partir da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no MS 33.340-DF, Relator Ministro Luiz Fux, em 26/05/2015, por meio da qual restou decidido que os sigilos bancário e empresarial não poderiam ser opostos ao TCU por bancos públicos, é que esta Corte passou a ter acesso integral às informações necessárias à avaliação da regularidade dos atos praticados pelo BNDES nas análises, aprovações e acompanhamentos das operações financeiras que realizava e que se encontram sob apreciação deste Tribunal.

31. Entendo, assim, que referida data deve ser utilizada como marco temporal inicial, dies a quo, da contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva desta Corte de Contas em relação a atos praticados por agentes do BNDES anteriormente mantidos sob sigilo em razão do sigilo bancário/empresarial. Proporei que este Plenário acolha esse entendimento.

152. Conforme corretamente alegado pelos responsáveis, a tese adotada no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário não foi a fixada no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, o qual estabeleceu que o *dies a quo* para a prescrição da pretensão punitiva seria a data do ato irregular cometido. Ocorre que a interpretação do direito não é estática. Juízes, tribunais e doutrinadores, a todo o tempo, avaliam a melhor interpretação, conforme as mudanças sociais, a introdução ou a alteração de outros instrumentos jurídicos ou outros motivos que justifiquem eventual modificação na compreensão das normas legais.

153. A adaptação da interpretação dada no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário não ocorreu pela primeira vez no presente processo. Em reiteradas decisões, o Tribunal já consolidou o entendimento de que a prescrição, em processos de tomadas de contas especiais somente começa a correr a partir da prestação de contas pelo gestor, ou do prazo final para fazê-lo, em caso de omissão. O mesmo ocorre na apreciação da legalidade dos atos de concessão de aposentadoria. Em todos esses casos aplicou-se a tese aqui defendida, deslocando o marco inicial de contagem da prescrição da data do fato para a data em que o Tribunal conheceu, ou teve condições de conhecê-lo.

154. A adoção da data de conhecimento dos fatos como marco inicial de contagem do prazo de prescrição é comum no STJ, já tendo sido objeto da Súmula 278, como apontado no Voto do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário: ‘O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral’.

155. Todavia, não apenas em casos de indenização o STJ adota esse entendimento. Como também indicado pelo Ministro Relator em seu voto, aquela Corte também adotou o entendimento de que o ‘termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade é contado da ciência inequívoca, pelo titular da referida demanda, da ocorrência do ato ímprobo, sendo desinfluyente o fato de o ato de improbidade ser de notório conhecimento de outras pessoas que não aquelas que detêm a legitimidade ativa para a causa (STJ ED-REsp 999.324)’.

156. Em seu voto no Acórdão 6.466/2020-TCU-Primeira Câmara, o Relator, Min. Benjamin Zymler, também deixou assente seu entendimento sobre a possibilidade de adoção do prazo de prescrição da pretensão punitiva a partir da data de conhecimento dos fatos, conforme se extrai do seguinte excerto:

8. Acerca da prescrição da pretensão punitiva, enfatizei no voto condutor da decisão embargada que manteria para o caso concreto o entendimento que foi decidido pelo incidente de uniformização de jurisprudência apreciado pelo Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que adotou o prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil. Mesmo que tal entendimento seja revisto posteriormente, aplicando-se o prazo de prescrição quinquenal, registro que as normas de Direito Público estabelecem diferentes termos iniciais para a prescrição.

9. Enquanto as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, iniciam a contagem a partir da data da prática do ilícito (art. 46 da Lei 12.529/2011), para os atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, praticados pelas pessoas jurídicas, o prazo é contado da data da ciência da infração (art. 25 da Lei 12.846/2013).

10. Na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), a solução depende da natureza jurídica do vínculo que o agente mantém com a administração pública: se detentor de mandato, cargo em comissão ou de função de confiança, as ações devem ser propostas em cinco anos após o término do vínculo; nos casos de cargo efetivo ou emprego, inicia-se com a data do conhecimento do fato.

11. Apesar disso, acredito existir uma regra geral, aplicável quando as legislações não estabelecem o contrário, segundo a qual a contagem do prazo prescricional tem início quando a violação do direito é conhecida pela autoridade competente para exigir o cumprimento da obrigação (princípio da *actio nata*). Ora, se a prescrição é a inércia do titular do direito em não exercer sua pretensão,

não me parece razoável que haja contagem do prazo anterior ao conhecimento do fato por parte da autoridade competente para punir.

12. Pensar de forma diversa induz, a meu ver, comportamentos não desejados por parte de agentes públicos e dos demais jurisdicionados, na medida em que estimularia gestores e terceiros a ocultarem suas falhas para que, após certo tempo, se beneficiassem pela extinção de punibilidade. Haveria, nessa hipótese, desrespeito ao princípio geral de direito segundo o qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

13. Esse entendimento, a meu ver, é o que melhor se ajusta aos demais princípios do ordenamento jurídico, dentre os quais destaco o da economicidade. Lembro que não é possível, por parte do TCU, promover o controle concomitante de cada ato administrativo praticado pelos agentes públicos, de forma que, por vezes, as irregularidades só são conhecidas após a consumação deles.

14. O conhecimento do fato pelo TCU também tem sido o parâmetro na apreciação da legalidade dos atos de concessão de aposentadoria - posição esta ratificada pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Nos embargos de declaração do MS 25.116/DF (Rel. Min. Teori Zavascki), o Pretório Excelso afirmou expressamente que *‘o termo inicial do prazo de cinco anos, após o qual será obrigatória a instauração de procedimento com ampla defesa e contraditório do ex-servidor junto ao Tribunal de Contas da União, para efeito de registro de aposentadoria, é a data de recebimento, pelo TCU, do ato concessivo de aposentadoria’*. Apesar de se referir a matéria e a instituto diversos, os fundamentos utilizados podem ser perfeitamente aplicados no caso em apreciação.

157. Vale destacar, também, o julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da ADI 5509, no qual o Pleno da Excelsa Corte decidiu, conforme ementa do julgado, que *‘a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência’*. O Relator do processo, Min. Edson Fachin, também adotou o entendimento de que:

(...) deve-se contar o prazo prescricional a partir da data do conhecimento da irregularidade nos casos em que, por iniciativa própria, o Tribunal realiza auditorias ou inspeções, assim como nos casos em que a ele são diretamente levadas as informações necessárias para a instauração de tomada de contas especial. (destaque acrescido)

158. Importante registrar que a tese adotada no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário trata de hipótese mais branda que as acima mencionadas. É que não se adotou a data em que o Tribunal obteve conhecimento dos fatos irregulares, mas aquela em que o Tribunal passou a ter condições de deles ter conhecimento.

159. Assim, tem-se que a decisão pela contagem do prazo a partir da determinação do STF pela integral disponibilização das informações é plenamente compatível e alinhada à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

160. A alegação de que a decisão combina elementos de dois ordenamentos distintos - legislação civil e Direito Administrativo - não procede. A tese da *actio nata*, sob a visão subjetivista, não é restrita ao Direito Administrativo. Ao contrário, ela é especialmente adotada no direito civil.

161. Igualmente, não procede a alegação de que a contagem do prazo prescricional a partir do conhecimento do fato é excepcional e mencionada expressamente na lei. A decisão adotada pelo STJ sobre a Lei 8.429/92 (ED-REsp 999.324 - v. parágrafo 155), assim como outros julgados, desconstrói por completo essa tese, pois não há essa previsão na lei de improbidade administrativa, sendo ela fruto da adequada interpretação dada por aquela Casa.

162. A mesma decisão também vai no sentido oposto da alegação de que a interpretação sobre a data de início da contagem do prazo de prescrição pode ser considerada analogia *in malam partem*.

163. A teoria que embasa a adoção da visão subjetivista da *actio nata* não faz referência ao polo passivo, a quem deixou de cumprir uma obrigação ou cometeu ilícito. O foco da tese está no afastamento de um dos elementos que levam à prescrição, qual seja, a inércia do detentor do direito. Assim, não é necessário que o demandado na ação tenha dado causa ao desconhecimento dos fatos pelo autor para que se possa aplicar a tese, ainda que se admita que, cumprida essa condição, ela seja reforçada.

164. No caso aqui tratado, de fato, os responsáveis pelo enquadramento da operação, a quem alcançou diretamente a decisão, não deram causa à sonegação de informações ao Tribunal, porém, como exposto, isso não afasta a circunstância de que o Tribunal foi impedido de conhecer os detalhes da operação, para formar o juízo adequado sobre ela. Assim, tal condição não impede a adoção do prazo de contagem utilizado no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

165. Importante registrar, como anotam diversos doutrinadores, que a prescrição não é um prêmio ou vantagem ao violador do direito, mas, essencialmente, uma limitação de ação àquele que, tendo ciência da violação ao seu direito, ou da ocorrência do ilícito, manteve-se inerte. Não se caracterizando a inércia, não se aplica a mencionada limitação, sem que isso caracterize um prejuízo a quem seria beneficiado pela prescrição.

166. Não cabem, também, as alegações de que não teria havido óbice à fiscalização dos atos em que ocorreram as irregularidades apontadas no presente processo. A negativa de fornecimento de informações atingiu a realização do trabalho como um todo, impedindo seu prosseguimento, o que somente se resolveu após a decisão do STF acima mencionada. Não havia meios para que a equipe de fiscalização do Tribunal soubesse se as incompletas informações que lhes foram disponibilizadas eram suficientes para chegar a qualquer conclusão. Assim, é descabida qualquer afirmação, e até desnecessária maior análise, sobre eventual suficiência das informações disponibilizadas à época ou ao momento exato em que foram solicitadas. Não resta qualquer dúvida de que as apurações foram obstadas a ponto de impedir seu prosseguimento.

167. As equipes de fiscalização requisitam documentos e informações de forma a responder a questões previamente formuladas, a partir de um planejamento, elaborado segundo critérios técnicos, de forma a alcançar o objetivo do trabalho. Somente após conhecer e analisar todos os dados julgados necessários a equipe pode identificar quais dessas informações serão de fato utilizadas como evidências de eventuais achados de auditoria.

168. As defesas tentam partir do caminho inverso ao alegar que as informações sonegadas não seriam necessárias para as conclusões alcançadas, o que é inaceitável. E mesmo o fazendo, a conclusão seria a oposta à que se alega. As conclusões sobre a profundidade e completude da análise somente seriam possíveis examinando toda a documentação. Além do mais, a fiscalização tratou da íntegra das operações, logo não seria possível à equipe separá-las em partes a fim de verificar se para cada etapa havia ou não informação suficiente.

169. Quanto ao fato de que o Tribunal somente se opôs à imposição de sigilo, exigindo a totalidade e integralidade dos documentos, a partir de 2014, isso não significa que havia concordância com o sigilo no período anterior. Nas fiscalizações pretéritas, as equipes, dirigentes e relatores envolvidos entenderam que a documentação disponibilizada seria suficiente para os fins pretendidos naquela ocasião. Assim, a mudança de entendimento diz mais respeito às exigências da fiscalização do que ao acatamento do sigilo imposto.

170. De todo modo, ainda que tivesse havido uma aquiescência do Tribunal, como alegado, a suposta mudança de entendimento na fiscalização que originou o presente processo não representaria ofensa aos arts. 23 e 24 da LINDB, como alegado. Ora, as falhas apontadas não decorreram da aplicação do entendimento do Tribunal sobre o sigilo. Defender esta tese significaria afirmar que os técnicos e dirigentes do BNDES atuaram confiando que jamais precisariam entregar

todas as informações ao Tribunal e que isso teria influenciado em seu modo de agir, que teriam atuado de forma diferente se soubessem do contrário. Em outras palavras, a suposta mudança de entendimento do Tribunal, o fato de passar a exigir a íntegra das informações sobre a operação, não trouxe qualquer prejuízo aos responsáveis se agiram de boa-fé, como alegam.

171. Ante todo o exposto, rejeitam-se as alegações contrárias ao início de contagem do prazo de prescrição no dia 26/5/2015, data da decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança 33.340-DF.

172. Assim, conclui-se pela manutenção dos critérios de prescrição utilizados no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, quais sejam: a imprescritibilidade do débito imputado; a aplicação do prazo de dez anos para prescrição da pretensão punitiva; o início da contagem do prazo prescricional em 26/5/2015. Dessa forma, considerando que todos os atos objeto de citação ou audiência no presente processo ocorreram após o ano de 2005, não ocorreu a prescrição para qualquer dos atos investigados.

173. Não obstante tal conclusão, e diante da possibilidade de revisão da jurisprudência do TCU antes do julgamento do presente processo, apresentam-se análises alternativas acerca da prescrição.

174. A operação de aporte de capital objeto destes autos teve quatro fases ou eventos: (i) enquadramento, ocorrido em 7/11/2007, a partir da instrução de enquadramento (IP AP/DEPRI 592/2007), de 30/10/2007; (ii) análise, concluída em 25/3/2008; (iii) aprovação da Diretoria, em 1/4/2008; e, por fim, (iv) o último desembolso efetivo devido pela subscrição da participação acionária, que se concluiu em dezembro de 2008.

175. As datas relacionadas à incorporação da Bertin pela JBS são: (i) enquadramento, ocorrido em 24/11/2009; (ii) relatório de análise, concluído em 18/12/2009; e (iii) decisão da Diretoria, ocorrida em 22/12/2009.

176. Conforme já registrado no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, se considerada a data dos fatos como início da contagem do prazo de dez anos, estaria prescrita a pretensão punitiva relativa aos atos relacionados ao enquadramento da primeira operação, de aporte na Bertin (em 30/10/2007 e 7/11/2007), de modo que se mostra dispensável a reanálise dessa hipótese.

177. Resta examinar a ocorrência de prescrição dos diversos atos tratados no processo segundo os ditames da Lei 9.873/1999, considerando duas hipóteses adicionais, relativas ao início do prazo de prescrição na data do fato ou no dia 26/5/2015, quando a totalidade das informações relativas às operações e, conseqüentemente, às irregularidades, se tornaram acessíveis ao TCU.

178. Antes do exame das hipóteses, cabe registrar que a Lei 9.873/1999 prevê as seguintes hipóteses de interrupção do prazo de cinco anos, *ipsis litteris*:

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível;

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

179. Em 19/6/2009, foi autuado o processo TC 013.940/2009-6, que tratava de Solicitação do Congresso Nacional (SCN), na qual este Tribunal foi demandado a examinar financiamentos concedidos a frigoríficos pelo BNDES, incluindo aqueles que tinham por beneficiários as empresas

JBS S.A. e Bertin S.A.

180. Assim, referido processo iniciou apuração dos fatos, interrompendo, com base no art. 2º, inciso II, da Lei 9.873/1999, a prescrição de todos os atos do BNDES referentes a esses financiamentos praticados desde 19/6/2004.

181. Em 4/4/2014, menos de cinco anos depois da autuação do processo supramencionado, procedeu-se à constituição do TC 007.527/2014-4, também uma SCN, visando à ‘realização de ato de fiscalização e controle nas operações de crédito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) em relação às empresas do Grupo JBS/Friboi, propiciando o esclarecimento sobre os aspectos financeiros da operação, critérios utilizados na escolha das empresas do setor e vantagens sociais dessa’, conforme Ofício nº 86/2014/CFFC-P, de 31/3/2014, expedido pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (peça 1 do TC 007.527/2014-4).

182. Embora tal fiscalização não tivesse por objetivo inicial as operações envolvendo a Bertin S.A., em função da operação de apoio à incorporação daquela empresa pela JBS, a auditoria acabou alcançando também a operação de aporte na Bertin tratada nos presentes autos, a qual precedeu e motivou a mencionada incorporação. Assim, realizou-se ato fiscalizatório em relação também a essa operação e, portanto, o aludido prazo prescricional, mais uma vez, foi interrompido em relação aos financiamentos relacionados à JBS e à Bertin, em 4/4/2014, nos termos do mesmo dispositivo legal.

183. O processo TC 007.527/2014-4 culminou no Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário, o qual determinou a autuação de apartado para aprofundamento da apuração. Foi, então, autuado o TC 034.935/2015-0, em 11/12/2015, menos de dois anos após o início da fiscalização anterior, dando início a nova apuração, desta vez exclusiva para os fatos relacionados aos apoios à Bertin S.A., na forma de aporte, e à operação de incorporação da empresa pela JBS S.A. Novamente, houve interrupção da prescrição, pelo mesmo fundamento.

184. Por fim, tem-se a interrupção operada pela constituição do presente processo, ocorrida em 17/9/2018, menos de três anos depois do processo anterior.

185. Não há dúvida de que os processos mencionados se enquadrariam na hipótese do inciso II do art. 2º da Lei 9.873/1999. Entender de forma diferente, a exigir que o ato de determinação da apuração especificasse os atos irregulares e os respectivos responsáveis seria retirar praticamente toda a eficácia do dispositivo, tornando-o quase letra morta, pois somente após a realização da fiscalização é que se torna possível realizar tal identificação.

186. Apenas em **alguns** casos de representação ou denúncia o Tribunal é capaz de iniciar apuração já com indícios específicos dos atos irregulares e identificação dos responsáveis. Ainda assim, somente após a fiscalização é que se poderá confirmar a veracidade das informações apresentadas na inicial. Dessa forma, a melhor interpretação do dispositivo deve considerar também a necessidade de preservar o interesse público envolvido, a entender que o início de uma fiscalização sobre determinado objeto representa apuração dos fatos nele inseridos, para os fins do art. 2º, II, da Lei 9.873/1999.

187. Nessa linha, e considerando apenas as interrupções ocorridas em função do inciso II do art. 2º da Lei 9.873/1999, todos os atos de gestão tratados no presente processo, os quais foram praticados a partir de 30/10/2007, somente prescreveriam a partir de 17/9/2023.

188. Em relação à previsão do inciso I do art. 2º da Lei 9.873/1999 (notificação ou citação), tem-se que estas ocorreram após o despacho proferido no TC 034.935/2015-0, em 14/3/2018, ou após a prolação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, em 12/9/2018. Assim, a verificação exata da data de notificação de cada responsável se mostra desnecessária, nesse

momento, tendo em vista a não ocorrência de prescrição, como acima mencionado.

189. Se considerado o início da contagem do prazo prescricional em 26/5/2015, data em que o TCU passou a ter a possibilidade de conhecer todos os fatos relacionados às operações, chegar-se-á à mesma conclusão, pois também haverá as interrupções observadas em 11/12/2015 e 17/9/2018. Nesse caso, e apenas por hipótese, ainda que se desconsiderem as interrupções amparadas no inciso II do mencionado art. 2º, as notificações realizadas a partir de março de 2018 interromperiam o prazo iniciado em 2015, o que também levaria o prazo de prescrição para datas a partir de 2023.

190. Desta forma, conclui-se que, mesmo considerando o prazo prescricional de cinco anos insculpido na Lei 9.873/1999, não ocorreu prescrição nestes autos.

191. Por fim, devem, igualmente, ser rejeitadas as alegações acerca da ocorrência de prescrição intercorrente, pois, conforme Voto do Relator, Min. Aroldo Cedraz, acolhido pelo Tribunal no Acórdão 851/2017-TCU-Plenário:

7.2. A jurisprudência deste Tribunal se orienta no sentido de que ‘os processos de controle externo não se sujeitam à prescrição intercorrente do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/99’ (Acórdão 7146/2015-TCU-Primeira Câmara) e de que ‘não se aplica a prescrição intercorrente estabelecida na Lei 9.873/1999 à atividade de controle exercida pelo TCU, uma vez que não enquadrada como exercício do poder de polícia do Estado’ (Acórdão 5533/2014-TCU-Segunda Câmara).

192. Ademais, registre-se que não houve qualquer inércia por parte do Tribunal. O TC 013.940/2009-6 foi apreciado em 24/11/2010 (com retificação em 3/12/2010 – Acórdãos 3.142/2010 e 3.203/2010, ambos do Plenário) e encerrado em 29/12/2010. A apuração iniciada em 2014 (TC 007.527/2014-4) não foi uma continuidade da apuração anterior, logo não houve paralisação de processo, tampouco pendência de julgamento ou despacho no período, como exige o art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999 para caracterizar a prescrição.

193. De igual modo, o processo não se encontrou paralisado entre a determinação de realização da fiscalização e a autuação da TCE, como alegado. Nesse período, foram realizadas as apurações, com as dificuldades iniciais pela falta de informações completas, como já bastante comentado, e diversas diligências ao BNDES para saneamento do processo.

194. Em face de todo o exposto, observa-se a improcedência das alegações dos responsáveis relativas às prescrições de ressarcimento do dano ao erário e da pretensão punitiva do TCU no presente processo.

2.1.6. Incompetência do TCU para apurar/se basear em qualquer dado a respeito de acordos de colaboração premiada

195. A defesa de Luciano Galvão Coutinho apresenta trechos de decisões do STF no sentido de que o TCU não possui função jurisdicional e não tem competência para ‘investigação propriamente penal’ (HC 103.725/DF). Nesse sentido, o Tribunal, o controle externo, não deveria se deixar ‘influenciar sobre fatores outros que nada dizem respeito a esse controle técnico, para o qual detém expertise relevante’.

196. Assim, o TCU seria incompetente ‘para apreciar qualquer aspecto relativo à delação dos ex-Diretores da JBS, devendo a pretensão do Ministro Augusto Sherman ser de pronto rechaçada, sendo desentranhados dos autos todos os documentos que versem sobre este assunto’ (Peça 1271, p. 23)

Análise

197. A possibilidade de utilização de provas emprestadas é pacífica na jurisprudência do TCU e do Judiciário. Houve autorização do juízo competente para que o Tribunal utilize os dados dos acordos de colaboração em questão, o que afastaria qualquer possibilidade de irregularidade.

198. No caso específico do presente processo, porém, o Ministro Relator afastou, inicialmente, nos parágrafos 131 a 134 do Voto do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, a repercussão dos acordos, conforme registrado no parágrafo 42 desta instrução. Não se mostra necessário, por outro lado, o desentranhamento dos documentos solicitado pelas defesas.

2.1.7. Considerações sobre o alcance da fiscalização do TCU

199. Afirma-se que a fiscalização do TCU sobre atos de gestão praticados por empresas estatais de capital aberto, como a BNDESPAR, deve ser exercida com cautela redobrada, pois não é permitida a intervenção do TCU sobre atos de gestão de empresas estatais - como claramente é o caso da decisão aqui questionada -, nos termos do art. 90 da Lei 13.303/2016. Menciona-se que esta lei regulamenta o art. 173, § 1º, da Constituição da República, dispondo sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, disciplinando, inclusive, ‘sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade’ (inciso I) e ‘os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores’ (inciso V).

200. Remete-se, também, ao artigo 7º, §§ 1º e 2º, bem como ao artigo 9º da Lei 6.223/75. Apresentam-se trechos de votos de Ministros do STF, em que manifestam opiniões sobre a limitação do alcance da fiscalização do TCU sobre empresas estatais, especialmente em relação a políticas e estratégias. (Peça 466, p. 73)

201. É mencionado o Acórdão 1.170/2019-TCU-Plenário, Ministro-Relator Benjamin Zymler, apontando que o Plenário desta Corte de Contas prestigiou a liberdade de negociação das empresas estatais com empresas privadas relativamente às condições econômicas dos acordos de parceria, ao reconhecer os limites de sua competência sobre a liberdade negocial dessas empresas.

202. Defende-se que companhias como a BNDESPAR são submetidas às disposições da Lei 6.404/76 e sujeitas ao controle exercido pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a quem compete, com exclusividade, fiscalizar a observância dos deveres fiduciários impostos aos seus respectivos dirigentes. O TCU somente poderia intervir caso houvesse uma violação a norma de direito público.

203. Outra alegação vai no sentido de que o controle do TCU, em se tratando dos atos de gestão das estatais, deve ser na observância de um determinado padrão de conduta, também tendo como referência as disposições da Lei das S.A.

204. Afirmam que é preciso considerar a natureza marcadamente empresarial da BNDESPAR e o ambiente de negócios, de mercado de capitais, no qual ela atua cotidianamente. Nessa ordem de ideias, não faria sentido supor que todas as etapas de uma negociação entre potenciais parceiros comerciais ocorram apenas após o protocolo de um documento formal. Esses eventos ocorrem anteriormente, sem que nada haja de irregular nisso.

Análise

205. As defesas, em parte, parecem querer rediscutir uma questão pacificada na jurisprudência do TCU e até mesmo no judiciário, que é a competência da Corte de Contas para fiscalizar a gestão das empresas estatais, bem como responsabilizar seus empregados e dirigentes por eventuais danos a que tenham dado causa.

206. O inciso II do art. 71 da Constituição Federal define que compete ao TCU julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, assim como daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Por sua vez, a própria Lei 6.404/1976, que trata das sociedades anônimas, também define os papéis dos administradores, suas responsabilidades e a necessidade de prestação de contas. Inclusive, a referida lei societária é incisiva quando afirma, em seu art. 158, que o administrador poderá ser responsabilizado pelas obrigações que contrair em nome da sociedade quando proceder

com culpa ou dolo (inciso I) ou com violação da lei ou do estatuto (inciso II).

207. Sim, é verdade que os próprios órgãos societários possuem seus mecanismos de fiscalização, cabendo também à CVM e, eventualmente, ao Judiciário, resolver conflitos, inclusive sobre danos causados pelos Administradores. Porém, isso não afasta a competência do TCU, estabelecida na Constituição Federal e na Lei 8.443/1992.

208. Os deveres previstos na Lei 6.404/1976 são utilizados pelo Tribunal ‘como padrão de conduta a ser observado pelos gestores das sociedades de economia mista com vistas à possível aplicação da responsabilização prevista na própria LOTCU’, como já registrado no Acórdão 1.839/2018-TCU-Plenário. E, obviamente, são consideradas as características e circunstâncias do negócio nessa avaliação, conforme poderá ser observado nas seções próprias dessa instrução. Não há conflito entre as disposições da Lei das S.A., a atuação da CVM e as competências do TCU, mas sim, uma complementaridade.

209. Em relação às ponderações sobre a limitação do alcance da fiscalização do TCU, por óbvio que não cabe ao Tribunal condenar um gestor por ter optado por uma alternativa entre duas ou mais igualmente válidas e legítimas. O que se discute na presente TCE, e será examinado à exaustão ao longo dessa instrução, é se as decisões tomadas eram, de fato, válidas e, não o sendo, se causaram prejuízo ao sistema BNDES e, por consequência, à União. E isso está inteiramente dentro das competências constitucionais e legais do Tribunal, sem nenhum desrespeito ou mesmo conflito às disposições da Lei 13.303/2016 ou qualquer outra lei.

210. A fiscalização, pelos tribunais de contas, dos atos e contratos havidos em empresas estatais e a eventual cobrança de danos, seja de empregados, dirigentes ou mesmo de empresas envolvidas, seja lá qual for o relacionamento, não significa, em nenhuma medida, restrição à atividade econômica, muito menos privilégio para a estatal, em detrimento da empresa privada ou demais participantes do mercado.

211. É verdade, como alegado, que os recursos públicos transferidos a empresa privada, via subscrição e integralização de capital minoritário, passam a ter natureza privada. Mas isso não afasta a obrigação da empresa investida de cumprir os compromissos assumidos no Acordo de Acionistas ou em qualquer outro instrumento pactuado.

212. Em relação ao mencionado Acórdão 1170/2019-TCU-Plenário, de forma alguma ele afasta a possibilidade de controle. Tratou-se naquele processo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Como exposto pelo Relator daquele processo, Min. Benjamin Zymler, não cabe ao TCU limitar os lucros das entidades de direito privado, porém isso jamais poderá ocorrer em prejuízo do erário.

2.1.8. O TCU já avaliou as operações da BNDESPAR no setor de carnes e não apontou irregularidades

213. Os responsáveis mencionam que, em 2009, o TCU realizou auditoria a respeito da execução das operações de apoio ao setor de carnes com a participação da BNDESPAR (processo TC 013.940/2009-6). Apesar de, no Acórdão 3.142/2010-TCU-Plenário, o TCU ter afirmado não ter recebido do BNDES a integralidade dos dados então solicitados, as informações relativas à operação Bertin - que são as relevantes para fins de exame da conduta dos jurisdicionados - sempre estiveram à disposição do Tribunal.

214. Aponta-se que o Acórdão 1.398/2014-TCU-Plenário, proferido no âmbito do TC 007.527/2014-4, registrou que o Pleno decidiu, por meio do Acórdão 3.142/2010-TCU-Plenário, entre outras providências, considerar ‘atendida a Solicitação do Congresso Nacional de que tratam os autos, uma vez que não foram constatadas evidências de irregularidades e/ou favorecimentos nas operações de financiamento do BNDES às empresas frigoríficas realizadas

entre 2005 e 2009'. Os autos encontram-se encerrados desde 29/12/2010.

215. As defesas afirmam que referida decisão só poderia ser revista pelos meios previstos legalmente (Recurso de Revisão) manejados tempestivamente pelo ente legitimado (o Ministério Público de Contas), e dependeria de fato novo.

216. Teria ocorrido o que a doutrina chama de coisa julgada administrativa, que tem por lastro o disposto no art. 35 da Lei Orgânica do TCU. Assim, eventual nova decisão pretendida por essa Corte de Contas violaria princípio da segurança jurídica, pois constitui revisão de decisão administrativa sobre a qual se operou a coisa julgada administrativa.

217. Afirma-se que, em seu voto no Acórdão 3.142/2010-TCU-Plenário, o Ministro Raimundo Carreiro foi assertivo em considerar que tais operações faziam parte do cotidiano do Sistema BNDES e eram condizentes com a Política a que este se submetia, no que foi acompanhado pelos demais Ministros.

218. Alegam, ainda, os responsáveis que as contas do BNDES, englobando a BNDESPAR, referentes aos exercícios de 2007, 2008 e 2009 foram julgadas regulares, com quitação aos responsáveis, sem qualquer ressalva ou orientação em relação às operações referidas.

219. Alguns responsáveis afirmam que, na ocasião, o TCU não fez qualquer menção à restrição de acesso a documentos.

Análise

220. Em relação ao ponto tratado no presente item, vale transcrever trechos do Relatório e do Voto do Acórdão 44/2019-TCU-Plenário, Relator Min. Bruno Dantas:

Relatório

26. Quanto às auditorias anteriores, a jurisprudência do TCU entende que não conferem atestado de regularidade ao período ou ao objeto da fiscalização, pois apresentam exames específicos realizados de acordo com o escopo de cada trabalho. Julgamentos pretéritos não fazem coisa julgada administrativa em relação a irregularidades não identificadas, por quaisquer motivos, na auditoria apreciada e posteriormente verificadas em novas fiscalizações (Acórdão 1989/2015-TCU-Plenário, rel. Benjamin Zymler, e Acórdão 1884/2014-TCU-Plenário, rel. Augusto Sherman).

Voto

Também considero, em consonância com a jurisprudência desta Corte de Contas (v.g. Acórdãos 1.884/2014, 2.001/2015, 1.989/2015, 1.000/2017, 768/2018, todos do Plenário), que fiscalizações pretéritas no empreendimento não constituem impedimento para reexaminar atos de gestão na aplicação de recursos públicos da União sob outras perspectivas.

Sabe-se que cada auditoria é executada sob diferente escopo e abrangência. (...)

221. Além disso, é fato que a auditoria realizada no TC 013.940/2009-6 não esgotou a análise sobre o objeto tratado no presente processo, não configurando, assim, reanálise dos mesmos fatos. A fiscalização iniciada em 2014, que deu origem ao presente processo, buscou elucidar aspectos mais aprofundados, razão pela qual não pôde prosseguir sem as informações que eram negadas ao Tribunal até 2015, como já observado.

222. Ante o exposto, não há que se falar em coisa julgada, nem em controvérsia ou divergência entre deliberações anteriores do Tribunal.

223. Não é verdade, como alegam os responsáveis, que o Tribunal tenha manifestado aprovação ou anuência com o *modus operandi* de análise e aprovação das operações de renda variável do BNDES, muito menos com as análises realizadas nas operações aqui tratadas. Ao contrário, o Relatório de Auditoria aponta limitações ao exame dos documentos relativos a essas

atividades:

94. As operações da Área Industrial apresentaram excertos do Relatório de Análise contendo a assinatura dos integrantes que conduziram a análise técnica e econômico-financeira da solicitação de investimento. Devido à impossibilidade de acesso aos relatórios originais, bem como à disponibilização, somente, de fragmentos desse Relatório, a aparente avaliação colegiada não pode ser corroborada documentalmente.

224. Também se deduz que as conclusões daquela fiscalização não tiveram o condão de embasar as decisões relacionadas aos apoios aqui tratados.

225. Quanto ao julgamento das contas, o Regimento Interno do Tribunal, vigente a partir de 1/1/2012, estatui em seu art. 206 que a decisão definitiva em processo de 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.

226. A operação de aporte na Bertin e o apoio à JBS para aquisição de participação na Pilgrim's e incorporação da Bertin, ainda que de grande monta, não foram analisados de forma expressa e conclusiva pelo Tribunal nos processos de contas de 2007, 2008 e 2009, julgados por meio dos Acórdãos 5193/2010-TCU-1ª Câmara, Relator Min. José Múcio, 5920/2010-TCU-2ª Câmara, e 1054/2013-TCU-Plenário, estes relatados pelo Min. Raimundo Carreiro. Assim, a decisão não faz coisa julgada administrativa sobre a operação aqui tratada.

227. Observe-se que, embora as contas de 2007 e 2008 tenham sido julgadas antes da alteração do art. 206 do RITCU, quando a regra era que a aplicação de multa dependeria do provimento de recurso de revisão, independentemente da matéria, a aplicação da nova redação é válida, uma vez que não havia transcorrido o prazo de cinco anos para impetração do citado recurso quando ela entrou em vigor. Esse é o entendimento do Tribunal, conforme se observa de excerto do Sumário do Acórdão 2.743/2016-TCU-Segunda Câmara, Relatora Min. Ana Arraes:

(...) A decisão definitiva em processo de tomada ou prestação de contas ordinária constituirá fato impeditivo à imposição de multa, em outros processos, aos responsáveis arrolados nas contas quando o prazo de cinco anos para a eventual reabertura do processo houver transcorrido sob a égide da antiga redação do art. 206 do Regimento Interno/TCU, vigente até 31/12/2011, em razão do princípio da segurança jurídica.

2.1.9. O pagamento a ser feito pelo Grupo J&F, em decorrência do Acordo de Leniência, ressarce o débito

228. São mencionados diversos Acórdãos do TCU, destacando o Acórdão 892/2019-TCU-Plenário, que assentou que os pagamentos efetuados no âmbito dos acordos de leniência e de colaboração, a título de ressarcimento de danos, multas de natureza indenizatória ou confiscos, podem ser considerados para amortização dos valores dos débitos imputados, apurados contra os responsáveis colaboradores, desde que configurada a identidade dos fatos geradores e do cofre credor.

Análise

229. Em princípio, procedem as alegações relativas à amortização dos débitos que vierem a ser imputados com os valores oriundos de ressarcimento de danos, multas de natureza indenizatória ou confiscos decorrentes de acordos de colaboração ou leniência. É o que aponta o Acórdão 892/2019-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler, mencionado pelas defesas, e ainda os Acórdãos 2.688/2020-TCU-Plenário, Relator Min. André de Carvalho, e 1361/2021-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler. Seria necessário, apenas, confirmar a identidade dos fatos geradores, o que demandaria acesso ao acordo de leniência da J&F.

230. No caso presente, porém, a TCE encontra-se suspensa em relação aos responsáveis

Joesley Batista e JBS S.A., o que impede que eles sejam condenados em débito. Isso obsta a dita compensação, pois não haveria que se cobrar de quem não foi, direta ou indiretamente, condenado solidariamente no débito.

2.2. Aspectos relacionados à análise da responsabilidade e culpabilidade

2.2.1. Necessidade de observar os requisitos da LINDB

231. Asseveram os responsáveis que o Decreto-Lei 4.657/1942, também conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ('LINDB'), prevê, em seu art. 22 (recém acrescido pela Lei 13.655/2018), que o gestor público tem o direito de ser julgado, isto é, de ter sua conduta examinada, de acordo com as condições reais e concretas existentes à época dos fatos, impedindo que a mesma seja avaliada segundo critérios *ex post facto* e hipotéticos, tal como o Acórdão 2.206/2018-TCU-Plenário pretenderia fazer no presente caso. Aduz-se que os responsáveis se limitaram a cumprir integralmente as regras do Sistema BNDES que orientavam a sua atuação à época.

232. Acrescentam que deve ser observado também o art. 28 da LINDB, que deixa claro que não existe a possibilidade de responsabilização objetiva dos agentes públicos. É imprescindível que se demonstre uma atuação dolosa ou, no mínimo, gravemente culposa, que haja erro grosseiro, para que seja possível a imputação do dano. Nenhum desses requisitos, afirmam os responsáveis, se fizeram presentes.

233. Asseveram os responsáveis que, diante do conjunto de informações disponíveis à época, a decisão foi compatível não apenas com o tipo ideal de 'administrador médio', mas inclusive com agentes que superam esse parâmetro, quais sejam, aqueles integrantes do corpo técnico de instituições financeiras de alta reputação no mercado.

234. Se o agente demonstra que o processo de tomada de decisão foi devidamente motivado e justificado, com a apreciação por colegiados e instâncias diversos, com a elaboração de pareceres e relatórios com lisura, utilizando-se de metodologias de avaliação universalmente consagradas, esse seguramente teria atuado com o dever de diligência e boa-fé que se espera, não se encontrando na zona de certeza negativa que é a do erro grosseiro (*gross negligence*).

235. Outra disposição da LINDB alegadamente violada pelo TCU seria o art. 23, que prevê que, caso os órgãos de controle estabeleçam orientação diversa da que era aplicada sobre tema de conteúdo indeterminado, devem estabelecer regime de transição, de modo a garantir a modulação temporal dos efeitos do novo entendimento então fixado. A violação estaria, entre outros, no fato de o Tribunal haver entendido como regular a atuação do BNDES junto ao setor frigorífico em auditoria anteriormente realizada. Haveria, também, violação ao art. 24, ao se mudarem os padrões de conduta esperados.

236. São apresentadas decisões do TCU, após a edição da Lei Federal 13.655/2018, a fim de demonstrar as hipóteses em que o TCU entendeu como caracterizado o erro grosseiro, nas quais não se enquadrariam os atos praticados na operação em análise. Seriam elas (peça 471, p. 96):

i) exercício negligente da função do agente público pela inobservância (consciente ou não) de normas contratuais e/ou da legislação vigente; *(ii)* ausência de apresentação de documentação apta a comprovar o gasto de recursos públicos pelo gestor desses recursos; *(iii)* inobservância de normativos internos aplicáveis ao caso concreto; *(iv)* inobservância de jurisprudência consolidada desse TCU aplicável ao caso concreto; *(v)* ausência de zelo pela segurança e rentabilidade de investimentos realizados sem a análise prévia do risco dessas operações; *(vi)* emissão de pareceres fundamentados em teses que não se sustentam ou não são aceitáveis; e *(vii)* emissão de documentos falsos para de execução de serviços que não foram realizados.

237. Aponta-se que, consoante o teor do Acórdão 1.628/2018-TCU-Plenário, a conduta 'de

acordo com a prática comumente adotada' não poderia levar à responsabilização do agente, justamente por não configurar erro grosseiro.

Análise

238. Apresentam-se, nos capítulos 3, 4 e 5 desta instrução a análise objetiva dos fatos relacionados às operações tratadas nesta TCE, a qual é realizada considerando as condições reais e concretas existentes à época dos fatos, como exige o art. 22 da LINDB.

239. Da mesma forma, as alegações relacionadas à participação de cada responsável, bem como sua culpabilidade e responsabilização, são tratadas no capítulo 7, considerando, entre outros requisitos, as prescrições da LINDB, especialmente as contidas em seus art. 22 e 28.

240. Assim, dispensam-se maiores considerações sobre tais requisitos, os quais devem ser considerados na análise dos fatos e atos, como efetivamente o são, na presente instrução. Cabe apenas, desde já, uma ressalva a respeito da aplicação dos art. 23 e 24 da lei, no que se refere à suposta mudança de entendimento do Tribunal, frente às conclusões a que se chegou no Acórdão 3.142/2010-TCU-Plenário, referente a fiscalização anterior.

241. O objetivo dos art. 23 e 24 da LINDB é evitar que gestores que agiam seguindo o entendimento das esferas administrativa, controladora ou judicial sejam surpreendidos por uma abrupta mudança nessa interpretação, que lhes servia como orientação de conduta até então.

242. Conforme já tratado no item 2.1.8. dessa instrução, deve-se ressaltar, no entanto, que as conclusões daquela fiscalização não influenciaram as decisões relacionadas ao aporte da BNDESPAR no capital da empresa Bertin, cuja aprovação ocorreu antes da conclusão da auditoria, tampouco o apoio à incorporação da Bertin pela JBS teria sido influenciado por uma suposta orientação do Tribunal.

243. Dessa forma, eventuais conclusões do Tribunal, na presente TCE, que conflitem com as conclusões a que se chegou no TC 013.940/2009-6, de forma alguma, representam afronta aos art. 23 e 24 da LINDB, pois não havia uma orientação ou interpretação do Tribunal que tivesse servido de fundamento para as decisões tomadas.

2.2.2. Outras investigações não imputaram responsabilidades

244. Alguns responsáveis alegaram que a Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada, em 2017, com o objetivo de investigar supostas irregularidades nos empréstimos concedidos pelo BNDES no âmbito do programa de globalização das companhias nacionais, assim como nas operações de apoio à Administração Pública, não apontou para responsabilização de qualquer pessoa.

245. O relatório da CPI teria asseverado, ainda, que ficou patente a existência de uma orientação estabelecida por órgãos superiores, tais como o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, para que o banco atuasse no fomento de operações como a que se discute nesses autos.

246. Diversos responsáveis alegam, também, em seu favor o fato de não haverem sido denunciados pelo Ministério Público Federal, o que seria evidência de que não participaram de atos ilícitos no âmbito das operações da BNDESPAR junto à JBS.

247. Destacam, também, que, na decisão de análise da denúncia referida acima, o Juízo da 12ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal ressaltou a inexistência de poder decisório dos funcionários da BNDESPAR, bem como a ausência de dolo ou qualquer direcionamento nas operações do BNDES (peça 471, p. 35).

248. Aduzem que, ainda que se reconheça a independência das instâncias e das investigações realizadas pelos órgãos de controle, suas conclusões devem ser reconhecidas como

indícios de prova objetiva da legalidade das ações praticadas pelo justificante.

249. Inúmeros responsáveis argumentam, por fim, que o BNDES instaurou comissão independente, para apurar os fatos apontados e a regularidade das operações realizadas no setor frigorífico, a qual concluiu pela regularidade e lucratividade das ações. Tais conclusões seriam evidência da lisura e acerto dos atos praticados.

250. Apresentam conclusões alcançadas no âmbito das apurações, as quais serão consideradas em conjunto com os argumentos apresentados nos tópicos com os quais possuam relação.

Análise

251. O fato de a apuração realizada por outras organizações não haver encontrado irregularidades não constitui qualquer tipo de impedimento em relação a outras apurações por parte do TCU ou outros órgãos de controle.

252. Cabe ao órgão de controle externo realizar exames próprios e específicos, por um lado, de forma complementar e por outro, de forma autônoma e independente, inclusive, baseando-se nas conclusões, informações e documentos dessas investigações, as quais não são ignoradas.

253. Assim, não prospera o argumento dos responsáveis de que o presente processo não deveria ter curso pela simples existência das demais investigações.

3. OPERAÇÃO INICIAL DE APORTE – AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL DA BERTIN

3.1. Aspectos gerais da operação

3.1.1. O contexto da operação

254. As defesas apresentadas aduzem que o Sistema BNDES, por meio da concessão de créditos, já vinha acompanhando e apoiando o plano de expansão da Bertin havia anos. Compartilhava-se uma visão muito positiva acerca do potencial da empresa. É nesse sentido que, na Instrução AP/DEPRI 592/2007 (**‘Instrução de Enquadramento’** ou **‘IE’** - peça 1440, p. 31-38), consignou-se que:

apesar da operação ser operacionalmente complexa e possuir riscos elevados associados, tendo em vista o porte de potenciais alvos de aquisição por parte da Bertin, este movimento de consolidação/internacionalização do Grupo, seguindo uma tendência clara de consolidação do setor a nível mundial, trará vantagens competitivas inegáveis para a empresa e possibilitará o aumento de suas exportações.

A Bertin detém um amplo *know how* do setor em todos os seus aspectos, operacional, comercial e econômico-financeiro. Se a operação for concluída com sucesso, essas aquisições transformarão a Bertin em empresa com estrutura suficiente para concorrer com os grandes players do setor a nível mundial. A idéia é estimular a inserção e o fortalecimento de empresas de capital nacional no mercado internacional.

255. Argumenta-se que a BNDESPAR não investiu na Bertin pura e simplesmente, mas, sim, na Bertin S.A., um veículo societário que foi criado, dentre outras razões, justamente para receber o aporte de um novo investidor. Uma nova empresa, uma nova estrutura societária, surgida a partir de um processo de *dropdown* da antiga Bertin Ltda., a qual, por fim, tornar-se-ia uma empresa de capital aberto listada no Novo Mercado da BOVESPA. O investimento na Bertin S.A. teria sido feito após detida análise e consideração, vislumbrando potencial ganho de *upside* (afetado pela crise iniciada em setembro de 2008). (Peça 429, p. 52)

256. A operação de investimento ocorreu em momento de expansão do mercado de capitais brasileiro e na véspera da maior crise econômica mundial desde a queda da Bolsa de Nova Iorque

em 1929. Em 1/4/2008, data da decisão da Diretoria da BNDESPAR pelo aporte na Bertin ('Decisão do Aporte'), não se vislumbrava nos mercados financeiros e de capitais a crise que viria a ser deflagrada com a quebra do banco americano Lehman Brothers em setembro do mesmo ano e que, depois, se afigurou como a maior crise econômica desde o *crash* da Bolsa de Nova Iorque em 1929.

257. O Brasil, à época, era visto como uma economia em vias de se tornar uma das mais importantes do mundo, atraindo, em virtude das sérias perspectivas de crescimento vislumbradas naquele momento, parte importante do crédito mundial e apresentando um 'significativo aumento dos investimentos (34%)'. O Brasil havia alcançado, pela primeira vez na sua história, a condição de *Investment Grade*, em 30 de abril de 2008, poucos dias após a aprovação da operação de apoio financeiro à Bertin.

258. Nesse momento, o câmbio também refletia essa confiança na economia brasileira atingindo a menor cotação (R\$ 1,639) desde a crise de 1999, num claro reconhecimento de que a economia brasileira atingia o seu maior grau de credibilidade, o que é refletido nos índices macroeconômicos, expressos em relatório do Banco Central.

259. Havia todo um clima de otimismo com a expansão dos mercados e com o crescimento das economias globais, não apenas com as desenvolvidas, mas muito particularmente com os países que compunham o então chamado 'BRICS' (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul).

260. As defesas destacam que, em 2008, ocorreram mais de sessenta ofertas públicas iniciais de ações (contra sete em 2004 e nove em 2005). Viviam-se a expansão da atividade produtiva, com os índices macroeconômicos, tais como inflação e taxa de juros, sob controle, o que implicou uma farta oferta de crédito e maciços investimentos no mercado de capitais, especialmente por conta do investimento estrangeiro.

261. Todo esse otimismo no mercado financeiro internacional teria sido refletido na bolsa de valores brasileira, de forma que o Ibovespa atingiu valor recorde de 73.517 pontos em 20/5/2008. Esse cenário também afetou positivamente a carteira da BNDESPAR, que em maio de 2008 superou pela primeira vez o valor de R\$ 100 bilhões.

262. No entanto, em setembro de 2008 esse cenário mudou, 'de maneira drástica e surpreendente'. Tanto a Bertin, quanto diversas outras empresas e companhias, no Brasil e no mundo, foram colhidas no meio desse 'tsunami financeiro', cuja existência teria sido ignorada pela análise do TCU, o que leva a evidentes distorções e equívocos fundamentais para o caso tratado neste processo. (Peça 1334, p. 43)

263. Afirma-se que, diante da radical e rápida deterioração do ambiente econômico mundial, a equipe técnica do Sistema BNDES foi diligente, responsável e ágil na avaliação de soluções visando preservar o investimento realizado na Bertin. Ao contrário do que o TCU afirma e acusa, a atuação da BNDESPAR teria sido exitosa.

264. Salienta-se que o que ocorreu com a Bertin e com diversas outras empresas da carteira da BNDESPAR não foi único ou extraordinário. A magnitude da mudança do cenário é que teria sido excepcional, colhendo de surpresa todos os *players* do mercado, prejudicando com mais intensidade os exportadores, como a maior parte das grandes empresas do setor de proteína animal. Apresentam-se reportagens da época, mostrando os efeitos da crise sobre o setor (peça 420, p. 58 – destaques da defesa):

'a crise financeira global teve um efeito devastador sobre os frigoríficos brasileiros. Grandes grupos, como Independência, Arantes, Margem e Quatro Marcos não resistiram às turbulências do mercado e tiveram de apelar para a recuperação judicial, fechando unidades e demitindo milhares de pessoas'.

‘Os mais de dez frigoríficos de carne bovina que pediram recuperação judicial após a crise financeira de 2008 ainda não têm um horizonte claro para voltar a operar na normalidade. Sem crédito no mercado e sem conseguir vender suas fábricas, por conta da capacidade ociosa da indústria nacional, praticamente toda a ‘classe média’ dos frigoríficos permanece em dificuldade (...)’

A extensa lista de empresas em recuperação judicial vai desde o gigante Independência, com dívidas de R\$ 2,3 bilhões no momento da recuperação judicial, até o pequeno e mais recente a pedir a proteção da Justiça, o Forteboi. Mas a maior parte da lista é de médios frigoríficos aqueles que são maiores mais que empresas regionais, mas não têm o porte dos gigantes são eles: Arantes Alimentos, Margen, Quatro Marcos, Mataboi, Mercosul, Frialto, Frigol, Fribrasil e Frigoestrela. Em recuperação judicial, os frigoríficos evitaram que os credores executassem garantias e pedissem a falência das companhias’. (sic)

‘Embora tenha recuado das máximas de mais de 90 reais registradas em 2008, o valor da arroba do boi permanece elevado com a oferta reduzida, em torno de 80 reais no Estado de São Paulo. Ao mesmo tempo, por conta da menor demanda pós-crise, os preços da carne estão caindo nos mercados interno e externo, reduzindo as margens dos frigoríficos e deixando menos competitivo o produto brasileiro no exterior.

Não bastasse isso, a menor demanda externa acendeu uma luz amarela para as empresas. As exportações só fecharam bem em receita em 2008 — caíram em volumes no ano passado — pelos preços recordes praticados antes da crise, mas estão cambaleantes.

O que tem preocupado o mercado em 2009 é a Rússia, o maior importador de carne do Brasil. Os russos, fortemente atingidos pelos problemas financeiros, sofrem com a baixa do petróleo e encontram poucas linhas de crédito para importação’.

3.1.2. A operação estava alinhada à Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE) – posteriormente sucedida pela Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP)

265. Os responsáveis alegam que, na ocasião da operação de aporte de capital à Bertin, vigia a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), posteriormente sucedida pela Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), as quais previam, de maneira clara, a ênfase no desenvolvimento e internacionalização de empresas nacionais, com o objetivo de criar, em âmbito mundial, uma liderança de companhias brasileiras nos mais diversos setores da economia, incluído o setor de carnes. Seguem afirmando que a BNDESPAR, que tinha papel decisivo na aplicação dessa política, viu nas operações em comento oportunidades adequadas de aplicação daqueles princípios norteadores das políticas PITCE e PDP.

266. Aduzem que, nesse sentido, o Sistema BNDES avaliou os pedidos de apoio financeiro/participação acionária, tendo em vista a capacidade das empresas do setor de proteína animal em acessarem mercados e seu posicionamento no mercado interno. As mais relevantes empresas do setor, que reuniam as devidas condições técnicas, foram indistintamente analisadas e, quando demonstrada a viabilidade do pleito, apoiadas pelo Sistema BNDES, com exceção daquelas que, por conta de restrições de ordem cadastral, não eram elegíveis a esse apoio. Remetem ao Livro Verde do BNDES, que registra que, de 2005 a 2016, o Sistema BNDES desembolsou R\$ 31,2 bilhões no setor, sendo R\$ 18,8 em financiamentos e R\$ 12,4 em *equity*, apoiando 17 mil unidades produtoras.

267. Afirma-se, também, que as teses de crescimento e estratégias de negócio de cada uma das empresas que foram apoiadas via *equity* eram diferentes (peça 424, p. 44):

(i) a **JBS** era uma empresa de monoproteína, com foco em altos volume e margens menores, que focava na eficiência e na expansão para os principais países produtores do mundo (Brasil, Argentina, EUA e Austrália);

(ii) a **Bertin** tinha um perfil mais diversificado nos segmentos derivados da produção de carne, era uma empresa mais verticalizada (com mais produtos e marcas de valor agregado) e horizontalizada (com fabricação de produtos conexos à cadeia produtiva). Por exemplo, a Bertin era uma das maiores produtoras e processadoras de sebo bovino para uso na produção de sabonetes e biodiesel. Além disso, a Bertin era líder na produção e comercialização de couros (semiacabado e acabado), também tinha uma empresa inovadora no processamento de colágeno (a Novaprom), com foco em produtos de maior valor agregado e mercados com demandas específicas. Também havia iniciado atividades, pouco antes do apoio do BNDES, no setor de lácteos (Vigor/Leco), que se imaginava ter uma sinergia potencial com o negócio de carnes, especialmente com o uso da marca em produtos derivados de leite/carne. Bertin tinha plantas no Paraguai, Uruguai e Itália, além de distribuições na Europa, Oriente Médio e EUA;

(iii) a **Marfrig** era uma empresa de origem 100% de proteína bovina e que vinha implementando uma estratégia de diversificar em outras proteínas e outras geografias. A Marfrig vinha realizando aquisições de negócios de frango e porco na Europa, EUA e Argentina, e tinha seu *business* de carnes focado em *food service* e em parcerias com grandes cadeias de *fast-food* (McDonald's, Bob's). Era uma empresa com margens maiores e um ciclo de caixa também mais longo;

(iv) a **Independência** era uma empresa focada em exportação, 100% localizada no Brasil e 100% de proteína bovina. Era tida pelo mercado local como um *benchmark* em transparência e rentabilidade (maior margem EBITDA do setor). Tinha planos de expansão em nichos específicos do mercado; sua reputação perante instituições financeiras privadas era excelente; e

(v) a **BRF (Sadia/Perdigão)** era uma empresa com marcas estabelecidas, com enorme *market share* no Brasil, produtos de valor agregado e com um vetor de crescimento de exportação bastante expressivo. Suas atividades eram mais voltadas para suínos e avícola.

3.1.3. Inexistência de desvio de finalidade: a operação estava alinhada à legislação, ao estatuto e ao planejamento estratégico do BNDES

268. Além do alinhamento às políticas públicas, a participação da BNDESPAR em empresas privadas, como acionista minoritário, teria previsão constitucional e a operação estaria também em consonância com o Estatuto da BNDESPAR, segundo afirmam os responsáveis. Menciona-se o art. 4º:

art. 4º. A BNDESPAR tem por objeto social:

I - realizar operações visando a capitalização de empreendimentos controlados por grupos privados, observados os planos e políticas do BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES;

II - apoiar empresas que reúnam condições de eficiência econômica, tecnológica e de gestão e, ainda, que apresentem perspectivas adequadas de retorno para o investimento, em condições e prazos compatíveis com o risco e a natureza de sua atividade;

III - **apoiar o desenvolvimento de novos empreendimentos**, em cujas atividades se incorporem novas tecnologias;

IV - **contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais**, por intermédio do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital de empresas; e

V - administrar carteira de valores mobiliários, próprios e de terceiros'. (Grifos da defesa).

269. Os responsáveis aduzem que o Sistema BNDES avaliou teses de investimento tendo em vista a capacidade das empresas do setor de proteína animal em acessarem mercados e seu posicionamento no mercado interno. As mais relevantes empresas do setor, que reuniam as devidas condições técnicas, foram indistintamente analisadas e, quando demonstrada a viabilidade do pleito, apoiadas a partir de solicitações apresentadas ao Sistema BNDES, com exceção daquelas que, por conta de restrições de ordem cadastral, não eram elegíveis a esse apoio.

270. A lógica de apoiar empresas com diferentes perfis potencializaria a chance de se obter

sucesso no fomento ao setor, no qual o Brasil se destacava pelas suas vantagens competitivas, embora, até 2007, quando da abertura de capital da JBS, só houvesse a BRF (que adotava um modelo de negócio mais distanciado das demais companhias) listada na Bolsa de Valores.

271. Alegam que um dos pontos relevantes na quantificação das sinergias entre JBS e Bertin foram as complementaridades, seja pelas estratégias de negócios ou pelo posicionamento geográfico/estratégico. No exterior, esta complementaridade estaria mais evidente, na medida em que a JBS estava presente na Argentina, nos EUA, na Austrália e na Itália, e a Bertin, no Paraguai, no Uruguai, na Itália e na Rússia.

272. Asseveram que, em suma, o BNDES e a BNDESPAR jamais atuaram de modo próprio ou visando beneficiar um ou outro grupo empresarial. A atuação da BNDESPAR nesse processo – e em outros tantos – teria se dado exclusivamente como braço executor de uma política pública encetada pelo Governo Federal, possibilitando, *in casu*, a capitalização da Bertin, o consequente reforço de sua estrutura de capital e a melhoria de sua governança.

273. Aponta-se que o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário parece aproximar os institutos do investimento e do convênio, porém apenas neste caberia falar em vinculação dos recursos. Ainda assim, caberia distinguir as hipóteses de alteração de objeto e desvio de finalidade, sendo que a primeira seria admissível.

274. Segundo os defendentes, a vinculação jurídica existente no caso da BNDESPAR é a que se liga com o cumprimento de suas finalidades institucionais. Segundo seus regulamentos internos, a BNDESPAR não está vinculada aos objetivos e finalidades declaradas nos relatórios de análise e informações padronizadas. O RGO prevê a possibilidade de a Diretoria alterar as finalidades das operações a qualquer momento, de maneira a responder às contingências e vicissitudes dos negócios em andamento. Menciona-se o art. 31, II, do RGO, que atribui à Diretoria ou ao Presidente do BNDES, no âmbito dos respectivos níveis de alçada, decidir sobre alteração da finalidade da operação.

275. Segundo os defendentes, não se pode confundir uma operação de crédito, em que há a obrigação do devedor de restituir o montante do financiamento, com uma operação de subscrição de ações, em que o prestador do capital passa a ser sócio da sociedade emissora das ações, pois as naturezas jurídicas de cada uma delas não permitem tal confusão.

276. Subjacente a essas distinções está a análise dos riscos, os quais são substancialmente distintos em cada tipo de operação. Em uma operação de capitalização ou reforço de capital, é o empreendimento como um todo que deve ser analisado do ponto de vista do risco, pela simples razão de que o investidor se torna sócio da empresa investida sem prazo determinado de saída, assumindo os riscos do empreendimento com a expectativa de retornos superiores aos juros de uma operação de financiamento.

3.2. Análise das alegações

277. Inicialmente, cabe analisar a alegação, comum a praticamente todas as defesas, de que a operação tratada no presente processo estava alinhada à política governamental, qual seja, a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), posteriormente sucedida pela Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP).

278. As instruções e acórdãos do TCU sobre as operações envolvendo a JBS jamais ignoraram a existência dessas políticas. O que não se pode aceitar é que a mera menção em uma política a determinado setor econômico ou à internacionalização de empresas seja tomada como permissão para qualquer operação nesse sentido, sem que sejam avaliadas as características da operação, frente a outros requisitos legais, estatutários e normativos.

279. Afirma-se que a operação estaria alinhada ao estatuto da BNDESPAR, o qual, ao

contrário do Estatuto Social do BNDES, não menciona o desenvolvimento social como seu objetivo central. Ora, essa afirmativa é totalmente descabida. A BNDESPAR não existe por si só, e sim como o braço de renda variável do BNDES. É uma empresa veículo, desenvolvida para permitir esse tipo de atuação da empresa mãe. Uma das evidências disso é que toda operacionalização das atividades da BNDESPAR é realizada com os recursos humanos e materiais do BNDES. E sendo assim, não há como imaginar que suas finalidades sejam desgarradas das do próprio BNDES. Não por acaso, é o que estabelece o art. 8º do Estatuto Social do BNDES vigente à época (Decreto 4.418/2002):

Art. 8º O BNDES, diretamente ou por intermédio de empresas subsidiárias, agentes financeiros ou outras entidades, exercerá atividades bancárias e realizará operações financeiras de qualquer gênero, relacionadas com suas finalidades, competindo-lhe, particularmente: (...) (destaques acrescidos)

280. A missão institucional do BNDES à época era promover o desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira, com geração de emprego e redução das desigualdades sociais e regionais.

281. O Regulamento Geral das Operações - RGO do BNDES, no mesmo sentido, continha norma estabelecendo que o estudo do projeto objeto do pleito deveria 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’ (art. 12 da Resolução 862/96-BNDES, de 11/3/1996, que consolidou o RGO, e art. 13 da Resolução 1.467/2007-BNDES, de 31/7/2007, que alterou e promoveu nova consolidação do RGO).

282. Especificamente, o escopo de atuação da BNDESPAR à época era definido no art. 4º do seu Estatuto Social, o qual não lhe dava, e nem poderia, a alegada independência em relação às finalidades do BNDES:

Art. 4º A BNDESPAR tem por objeto social:

I - realizar operações visando à capitalização de empreendimentos controlados por grupos privados, observados os planos e políticas do BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL - BNDES;

II - apoiar empresas que reúnam condições de eficiência econômica, tecnológica e de gestão e, ainda, que apresentem perspectivas adequadas ao retorno para o investimento, em condições e prazos compatíveis com o risco e a natureza de sua atividade;

III - apoiar o desenvolvimento de novos empreendimentos, em cujas atividades se incorporem novas tecnologias;

IV - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, por intermédio do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital de empresas; e

V - administrar carteira de valores mobiliários, próprios e de terceiros. (destaques acrescidos)

283. Voltando ao Estatuto do BNDES vigente à época, observe-se o seu art. 15:

Art. 15. Compete à Diretoria:

I - aprovar, em harmonia com a política econômico-financeira do Governo Federal e com as diretrizes do Conselho de Administração:

a) as linhas orientadoras da ação do BNDES; e

b) as normas de operações e de administração do BNDES, mediante expedição dos regulamentos específicos; (destaques acrescidos)

284. Na condição de ‘instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal’, como definido em seu estatuto, o BNDES deve, logicamente, dar cumprimento às políticas governamentais. Porém, isso deve ser feito em consonância com suas atribuições e finalidades. É o que se depreende da expressão ‘em harmonia’, observada no inciso I do art. 15 do Estatuto, acima transcrito.

285. Resta claro, então, que as operações da BNDESPAR deviam ser analisadas, também, sob a ótica dos aspectos econômicos e sociais esperados e que não bastaria, assim, que uma operação apresentasse aparente alinhamento com uma política governamental para ser enquadrada e aprovada. Cabe, então, verificar o que previa a PDP e se, realmente, havia esse alinhamento entre a política e o apoio à aquisição de participação no capital de empresas do setor frigorífico, bem como à fusão ou incorporação de empresas desse setor.

286. Consultando o documento ‘Política de Desenvolvimento Produtivo – Inovar e investir para sustentar o crescimento’ (livreto), bem como os *slides* de apresentação da política, é possível identificar, de forma mais objetiva, o que previa a PDP (peças 1438-1439) (site: <http://www.abimaq.org.br/Arquivos/Html/DEEE/PDP%20-%20Livreto.pdf> e <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/53a-legislatura-encerradas/PL063003/control-e-tramitacao-e-notas-taquigraficas/PL630AP-24-03-09-Nilton-PDP1.pdf>, consulta em 26/11/2020).

287. A PDP estabeleceu como ‘Objetivo central’: ‘Dar Sustentabilidade ao atual ciclo de expansão’. A partir desse objetivo, foram traçados quatro desafios: Ampliar capacidade de oferta; Preservar robustez do Balanço de Pagamento; Elevar capacidade de inovação; e Fortalecer MPEs.

288. Daí foram traçadas as quatro ‘Macrometas 2010’: Aumento da taxa de investimento; **Ampliação da participação das exportações brasileiras** no comércio mundial; Elevação do dispêndio provado em P&D; Ampliação do número de MPEs exportadoras. A macrometa destacada, relativa a exportações, é explanada à p. 20 do folheto:

p. 20: A terceira macrometa refere-se à inserção internacional do Brasil. Entre as formas de internacionalização de empresas, duas se destacam: **o atendimento de mercados externos, por meio de exportações**, ou **o investimento direto no exterior para instalação de representações comerciais ou implantação de unidades produtivas**. A experiência internacional aponta para uma forte relação entre estas duas formas de internacionalização, ocorrendo, muitas vezes, que a instalação de unidade produtiva no exterior seja antecedida pela ocupação de mercados via exportações.

Para esta meta, foi utilizado o indicador de participação do Brasil no comércio internacional, **prevendo-se um crescimento das exportações de produtos brasileiros acima da expansão do comércio mundial**. Em 2007, as exportações brasileiras alcançaram US\$ 160,6 bilhões, ou 1,18% do total das exportações mundiais. Para 2010, o objetivo é atingir US\$ 208,8 bilhões, aumentando a participação do País nas exportações mundiais para 1,25%, em valor. O crescimento médio anual requerido é de 9,1% entre 2007 e 2010. **(destaques acrescidos)**

289. À p. 27 do folheto, apresentam-se os ‘Destaques Estratégicos: temas de política pública escolhidos deliberadamente em razão da sua importância para o desenvolvimento produtivo do País no longo prazo’, os quais também deveriam nortear as ações governamentais, sem perder de vista, repita-se, as finalidades e atribuições de cada agente.

290. Importante ressaltar, também, que o folheto menciona, em várias passagens, a necessidade de se imporem responsabilidades ao setor privado, inclusive com o estabelecimento de contrapartidas pelos setores apoiados, como nas seguintes passagens:

As quatro macrometas desta PDP definem expectativas em relação à dinâmica e ao desempenho da economia brasileira no próximo triênio, conformando um cenário-alvo **a ser perseguido pelo governo e pelo setor privado, de maneira conjunta e com compromissos compartilhados**. Esse

cenário-alvo sintetiza o resultado de um conjunto numeroso de decisões a serem implementadas no plano das empresas e setores, em resposta ao ambiente criado pela política e às oportunidades existentes. (p. 23)

Note-se, por fim, que propostas que visem ao fortalecimento ou ao desenvolvimento e incorporação de novos programas deverão seguir uma sequência estruturada de procedimentos, para conferir eficiência e transparência à interlocução com o Governo Federal no desenvolvimento da política – o que ressalta a importância da auto-organização de cada sistema produtivo e da sua capacidade de diagnóstico. Para essas propostas, recomenda-se atenção às seguintes etapas:

- Caracterização dos sistemas produtivos, com a identificação dos seus diferentes atores e processos de governança.
- Compartilhamento de conhecimento entre os diferentes atores dos sistemas produtivos.
- Identificação de gargalos de curto prazo que dificultam o desempenho do setor.
- Definição de metas e instrumentos para sistemas produtivos.
- Definição de meios, cronogramas e indicadores para monitoramento e avaliação de desempenho.
- Definição de contrapartidas do setor privado.
- Contratação de responsabilidades entre o setor público e o setor privado para o cumprimento de metas. (p. 39) **(destaques acrescidos)**

291. Ao longo do documento, a PDP ressalta o objetivo maior de desenvolver a economia brasileira e gerar impactos internos, a começar pelos desafios propostos (primeiro nível da política – p. 9). Os seguintes trechos, já na parte conclusiva do documento, são bem claros:

Inspirada pelo objetivo de contribuir para o crescimento sustentável de longo prazo da economia brasileira, esta Política de Desenvolvimento Produtivo busca potencializar as conquistas alcançadas, desde 2004, avançando, principalmente, em cinco direções. (p. 41)

Originalmente, a política afirma a prevalência do interesse nacional: o investimento, o emprego, a produção local e a inserção internacional competitiva, descartando proposições pré-concebidas, em favor de iniciativas pragmáticas e adequadas à complexidade da economia brasileira e a seus desafios contemporâneos. (p. 42)

292. Em conclusão, não era possível concluir que as operações (aporte inicial e incorporação) possuíam alinhamento com a PDP sem uma análise mais detida dos impactos esperados, a fim de verificar se, de fato, poderiam contribuir para o alcance dos objetivos da política. Essa verificação deveria ser feita nas etapas de Enquadramento e Análise de cada operação.

293. As defesas mencionam trecho da Instrução de Enquadramento que afirma que ‘a ideia é estimular a inserção e o fortalecimento de empresas de capital nacional no mercado internacional’. Isso é muito pouco para caracterizar o alinhamento com a PDP. Seria necessário demonstrar um real compromisso com esse objetivo e com a produção de impactos positivos, como a expansão das exportações brasileiras.

294. O mesmo se pode concluir em relação à política que antecedeu a PDP, a PITCE. Haveria, igualmente, que se demonstrar em que linha de ação a operação se enquadrava e se havia alinhamento com os objetivos da política.

295. A análise do atendimento a essas condições, especificamente, em relação à PDP, será detalhada em seções específicas dessa instrução, relativas às fases de Enquadramento e Análise.

296. Sobre a situação de momento quando da operação, os responsáveis apresentam um ambiente econômico favorável, que sinalizaria para excelentes retornos na aquisição da participação na Bertin, em abril de 2008, sucedido pela crise econômica mundial, que teria frustrado essa

expectativa.

297. Em primeiro lugar, é preciso fazer recortes temporais, de modo a examinar as decisões tomadas à luz do cenário do momento, sem considerar o que aconteceu depois. É inegável que a chamada ‘crise do *subprime*’ gerou impactos em toda a economia, mas isso não pode justificar decisão que eventualmente já se mostrasse equivocada anteriormente, quando do aporte inicial.

298. Mesmo que se admita, porém, que o negócio se mostrava promissor, o fato é que isto não bastaria para justificar o apoio, sendo necessário evidenciar a existência de potenciais impactos positivos, como já explanado. A BNDESPAR não é nem nunca foi – ou nunca deveria ter sido – um mero investidor que busca lucro. A propósito, em cenário tão favorável aos investimentos privados, inclusive externos, como apresentam os responsáveis, seria importante demonstrar a própria necessidade da participação do órgão de fomento federal no projeto.

299. Não há confusão ou desconhecimento, por parte do TCU, das diferenças entre crédito e investimento, muito menos se trata este como se fosse um convênio. O que se contesta aqui é que um banco de fomento, por meio de seu braço no mercado de capitais, ignore por completo o interesse público, razão de sua existência, operando somente com base na busca de lucro. Ora, nem mesmo as empresas criadas pelo Estado para intervenção direta no domínio econômico, como Petrobras, Eletrobras, Banco do Brasil, devem perder de vista as finalidades que justificaram sua criação.

300. Nesse sentido, também é totalmente descabida a alegação de que a BNDESPAR não está vinculada aos objetivos e finalidades declarados nos relatórios de análise e informações padronizadas e de que a única finalidade de sua atuação é o sucesso do negócio a longo prazo.

301. Em relação, especificamente, à operação de incorporação da Bertin pela JBS, há que se reconhecer que os efeitos da crise de 2008 tiveram influência sobre a decisão, o que será examinado em mais detalhes na seção da instrução sobre esse tema.

302. Quanto às alegações de que o processo de expansão da JBS, no sentido de adquirir a Pilgrim’s e encaminhar a incorporação da Bertin, não se deu apenas entre a Companhia e a BNDESPAR, envolvendo também diversos acionistas privados, não se deve perder de vista o fato de que quem entrou com o dinheiro foi a BNDESPAR. Os demais acionistas apenas aprovaram a operação.

303. Já foi demonstrado em outros processos que os inúmeros apoios financeiros concedidos pelo BNDES no período pós-crise de 2008, com recursos do Tesouro Nacional, geraram um custo significativo para as contas públicas. Independentemente da fonte desse recurso específico, fato é que o país estava em um momento em que havia escassez de crédito e uma grande necessidade de ações que incentivassem a retomada da economia no país. Nesse contexto, direcionar recursos para qualquer operação sem uma análise mínima dos benefícios para o país é, sim, um desvio das finalidades do Banco.

304. Em conclusão, o contexto geral que cercou a operação tratada no presente processo pode apontar que o aporte inicial se justificaria sob a ótica econômica da empresa beneficiada e, indiretamente, da própria BNDESPAR, como futuro acionista, porém não afasta as conclusões anteriores do Tribunal, no sentido de que não se avaliou o pleno atendimento ao interesse público. Vale ressaltar que essa conclusão se refere apenas ao contexto geral, desconsiderando os aspectos referentes aos valores envolvidos e aos riscos da operação, especialmente em função da situação econômico-financeira da empresa, os quais serão tratados nas próximas sessões desta instrução.

3.2. Fase de Enquadramento da operação de aporte de capital na Bertin S.A.

305. Transcreve-se trecho do Voto do Relator no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário

acerca das falhas no processo de Enquadramento que justificaram a audiência dos responsáveis:

33. O documento de consulta, por meio do qual a Bertin solicitou ao BNDES o apoio financeiro, apresentava conteúdo excessivamente genérico, que não permitia efetivamente identificar as razões pelas quais a empresa Bertin S/A necessitava do aporte de capital, pois incluía a aquisição de novas empresas, a implantação de novas plantas industriais, a expansão das plantas já existentes e necessidade capital de giro (§§ 19 a 22 da instrução). Importante destacar que as informações trazidas na consulta também não informavam, com clareza, a situação econômico-financeira da Bertin e também não deixavam claro que o eventual investimento a ser realizado pela BNDESPAR seria utilizado, primordialmente, no equacionamento das dificuldades financeiras da empresa.

34. A análise inicial dessa solicitação de apoio financeiro, realizada por meio da instrução de enquadramento da operação – **IP AP/DEPRI 592/2007** – apresentou diversas falhas e irregularidades, quais sejam:

- a) foi elaborada em apenas dois dias úteis (§ 23 da instrução);
- b) de forma bastante superficial, contendo informações imprecisas e incorretas (§ 31 da instrução);
- c) resumiu-se quase que integralmente à transcrição de dados apresentados na consulta e em apresentações realizadas pela empresa (§§ 24 e 25 da instrução);
- d) apresentou grande número de inconsistências (§§ 26 a 48 da instrução), tais como:
 - i. ausência de observação do modelo de instrução de enquadramento constante da Resolução 862/2006-BNDES, especialmente ausência de determinadas informações contábeis e de perspectivas de geração de empregos (§§ 26 a 28 da instrução);
 - ii. falhas na apresentação dos objetivos da operação (§§ 29 e 40 a 42 da instrução);
 - iii. apresentação de quadro de usos e fontes excessivamente simplificado e com informações contraditórias com o texto do documento (§ 30 da instrução);
 - iv. análise de exposição do banco à empresa com elementos contraditórios e/ou incorretos (§§ 32 a 35 da instrução);
 - v. análise de risco da empresa imprecisa uma vez que incluiu informações referentes à holding (§§ 36 a 38 da instrução); e
 - vi. elevada imprecisão na estimativa de diversos valores relacionados à empresa solicitante do apoio (§§ 43 a 45 da instrução).

35. A instrução foi encaminhada ao Comitê de Enquadramento de Crédito – CC, que terminou por enquadrar a operação sem a realização de qualquer crítica ao documento apresentado, o qual continha falhas facilmente detectáveis conforme acima descrito (§§ 49 e 50 da instrução).

36. Em vista disso, concluiu no mesmo sentido da unidade técnica, pela necessidade de audiência dos responsáveis pelas falhas e irregularidades constante da instrução de enquadramento retro descritas e pela aprovação da referida instrução sem qualquer crítica.

37. As informações constantes dos autos não permitem, nessa etapa, identificar as responsabilidades individuais por cada uma das falhas e irregularidades observadas, pelo que todos os signatários deverão ser ouvidos em audiência pelo conjunto das falhas. A individualização será realizada com o auxílio dos elementos apresentados em razões de justificativas, se e onde for possível. Uma vez que se trata de deliberação colegiada, todos os membros do comitê de enquadramento de crédito serão também ouvidos em audiência.

Alegações

3.2.1. Foram atendidos os normativos e a finalidade do enquadramento

306. Segundo as defesas, a denominada ‘instrução de enquadramento’ era um parecer sintético que visava a subsidiar comitê interno do Banco - o então Comitê de Enquadramento e Crédito (CEC) – na filtragem dos pedidos de apoio financeiro apresentados à instituição, a fim de que seguissem para efetiva análise e eventual aprovação pela competente Diretoria apenas aqueles

que, após o exame preliminar e superficial típico do enquadramento, se revelassem adequados às políticas gerais da instituição.

307. Afirmam que, usualmente, a instrução de enquadramento era elaborada por empregados da Área de Planejamento do Banco (mais especificamente, do então denominado ‘Departamento de Prioridades’ - AP/DEPRI) e cumpria duas funções principais: (i) descrever o pleito tal como apresentado na carta-consulta da empresa postulante; e (ii) examinar, de forma resumida, a aderência da demanda às políticas gerais do Sistema BNDES, sem adentrar em seu mérito, econômico ou jurídico.

308. Apresenta-se a figura abaixo, referente ao fluxo de enquadramento e análise no Sistema BNDES, comparando-o com o de habilitação e julgamento em licitações regidas pelo procedimento ordinário da Lei 8.666/1993. Ressalva-se que o escopo do enquadramento no Sistema BNDES era ainda menor do que o de uma habilitação licitatória. Não era realizado, por exemplo, qualquer exame jurídico na fase de enquadramento, não havendo, por isso mesmo, exigência de participação de advogados na elaboração da instrução de enquadramento. (Peça 466, p. 45).



309. Segundo os responsáveis, o parecer de enquadramento não subsidiava a aprovação ou rejeição do pedido de colaboração financeira. Instruía exame anterior e bem mais limitado do pleito, para fins exclusivos de determinação de sua aderência ou não às políticas gerais do Sistema BNDES e aferição de condições básicas para processamento interno.

310. A etapa de enquadramento configuraria simples filtro contra pedidos inadequados à tramitação no Sistema BNDES - seja porque não aderentes às políticas gerais da instituição, seja porque formulados por empresas inaptas à obtenção de apoio. Questões adicionais, notadamente o exame da viabilidade econômica e jurídica do pleito, bem como seu interesse ou conveniência operacionais, não integravam essa etapa de tramitação das demandas.

311. Afirma-se que o volume de casos examinados semanalmente pelo AP/DEPRI corrobora a caracterização do enquadramento como mero filtro no fluxo operacional do Sistema BNDES, indicando que, no intervalo de 2008 a 2011, o referido Departamento examinou, em média, dezesseis solicitações de apoio financeiro por semana. Uma parte pequena, mas não irrelevante, dos casos (14%) foi encerrada no próprio AP/DEPRI, haja vista a ausência de informações mínimas para encaminhamento da solicitação de apoio financeiro ao CEC. A maioria, porém, (59% do total e cerca de 70% do que pautado pelo AP/DEPRI no Comitê) obteve desfecho favorável no enquadramento, exatamente porque não estava sendo, naquele momento, avaliada ou selecionada em termos de mérito, mas apenas filtrada pelas políticas gerais do Sistema BNDES.

312. Reitera-se alegação de que o TCU invocou, genericamente, no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, ofensa ao art. 3º do Estatuto do BNDES e ao art. 4º, II, da BNDESPAR, respectivamente, sem ter sido desenvolvido o ônus acusatório que permitisse identificar como o mero parecer acerca do enquadramento da operação Bertin poderia violar finalidades institucionais do BNDES e da BNDESPAR e quais finalidades específicas.

313. Afirma-se que, à época dos fatos, não era exigido o registro, durante o enquadramento, de eventuais excepcionalidades normativas internas praticadas.

314. Alega-se que foi com base no art. 12 do anexo à Resolução 862/1996-BNDES (Regulamento Geral de Operações - RGO) que o Min. Relator em seu voto e a equipe técnica em

seus pronunciamentos afirmam ter havido descumprimento do padrão de instrução de enquadramento exigido à época da operação. Acontece, no entanto, que o dispositivo em questão trataria da etapa de análise das operações submetidas ao BNDES (denominada, na Resolução 862/1996-BNDES, de ‘estudo do projeto’), e não da etapa de enquadramento (referida na Resolução 862/1996-BNDES como ‘concessão de prioridade’). Além disso, a Resolução 862/1996-BNDES já estava revogada à época. O RGO vigente era outro e as principais normas atinentes às instruções de enquadramento eram as Resoluções 1.358/2006 (estabelecia o modelo de instrução de enquadramento) e 1.311/2006 (regulava o funcionamento do Comitê de Enquadramento e Crédito - CEC), ‘deixadas absolutamente de lado pelo TCU’. (peça 466, p. 14)

315. A acusação constante do item 9.5.1 do Acórdão 2.154/2018 falharia, assim, na identificação do padrão de comportamento que deveria ter sido seguido no enquadramento da operação Bertin. A Corte alega que os jurisdicionados teriam adotado prazo e profundidade de avaliação incompatíveis com a complexidade e o porte da operação enquadrada, mas não especifica quais seriam o prazo e a profundidade corretos para o caso.

316. Alega-se, também, que, à época dos fatos, as Políticas Operacionais do BNDES estavam consolidadas nos termos do Caderno de Políticas Operacionais, anexo à Resolução 1.417/2007 da Diretoria do BNDES. Além dessas políticas, deviam ser consideradas as políticas governamentais, destacando-se a PDP, à qual a operação estaria alinhada.

317. Outras alegações vão no sentido de que o escopo da fase de enquadramento e dos documentos nela produzidos encontrava-se definido, à época, nas Resoluções 1.463/2007-BNDES e 1.355/2006-BNDES, além da Resolução 1.358/2006-BNDES.

318. Registra-se que a atuação das equipes de instrução de enquadramento e do próprio CEC sempre foi pautada pelo formalismo moderado, com regras e praxes que revelavam, basicamente, a prevalência do conteúdo sobre a forma e a despreocupação com os registros formais dos atos voltados à tramitação interna dos pedidos nessa fase do fluxo operacional.

319. A pauta do CEC era elaborada ‘manualmente’ pela Área de Planejamento, a partir de demandas enviadas por e-mail pelas unidades do Banco interessadas; não era assinada e circulava entre os integrantes do colegiado, geralmente, também por e-mail ou até mesmo em papel impresso, que, após ser utilizado na reunião, era descartado.

320. De igual modo, as atas do CEC não chegavam a constituir um documento escrito de fundamentação das deliberações de enquadramento. Limitavam-se a consignar o resultado dos debates orais ocorridos no Comitê.

321. Consequentemente, apenas o resultado final, e não os fundamentos utilizados nessa etapa operacional, teria como ser questionado por órgãos de controle externo.

322. Acerca da Instrução de Enquadramento, afirma-se que a comparação com o ‘modelo para apresentação de pleitos ao Comitê de Enquadramento e Crédito’, previsto na Resolução 1.358/2006 leva à conclusão de que ela cumpria todos os requisitos exigidos pela norma. Afirma-se que a Resolução permitia, em razão do sigilo e/ou da urgência necessários para tramitação dos pleitos de renda variável, que os estudos propositivos do enquadramento não seguissem o rigor formal nela previsto, admitindo-se, inclusive, que, em determinados casos, sequer passassem pelo AP/DEPRI.

323. As exceções à Resolução 1.358/2006-BNDES jamais teriam sido qualificadas como irregulares pelo TCU, que nunca exigiu que as instruções de enquadramento deveriam ser realizadas com prazo e profundidade maiores do que os até então normatizados e praticados.

324. Não haveria que se falar em falta de profundidade da Instrução de Enquadramento, pois a Resolução 1.358/2006- BNDES previa que ela devia ser sintética, sucinta, resumida, não

havendo qualquer previsão de peça mais elaborada em razão da complexidade ou do porte do pedido examinado.

325. Em especial, o art. 6º de seu Anexo I estabelecia que o parecer de enquadramento devia seguir um modelo bastante simples, de três páginas, contemplando o ‘conteúdo informado pelo postulante’ (§1º) e variando apenas em caso de ‘eventuais propostas de encaminhamento em condições divergentes ou excepcionais’ (§2º). Essa seria a única circunstância que, pela Resolução, exigiria uma abordagem um pouco maior do enquadramento, ainda assim, ‘de forma sucinta’.

326. Assim, não seria problema o fato de que os dados iniciais que foram submetidos ao Comitê de Enquadramento e Crédito estivessem baseados em informações apresentadas pelo próprio postulante. Ao fazê-lo, ainda que sem a utilização de aspas, a instrução não estava induzindo o CEC a erro: o Comitê certamente sabia que o documento em questão, tal como qualquer outra instrução de enquadramento, continha, em linhas gerais, um resumo do pedido formulado pelo interessado e, apenas em itens pontuais e facilmente identificados, expunha a avaliação feita pela equipe de instrução respectiva.

327. Acerca da demonstração dos benefícios, afirma-se que a instrução elaborada apresenta essa informação em seu primeiro parágrafo, em que se registra que a Bertin Ltda., antecessora da então recém-criada Bertin S.A., gerava ‘ao todo cerca de 30.000 empregos diretos’. E não havia necessidade, seja pela literalidade da Resolução, seja por sua interpretação sistemática, de detalhamento maior da informação, com demonstração, conforme agora exigido pelo TCU, ‘dos benefícios [do pleito] em termos de geração de empregos’.

328. Em primeiro lugar, porque a fase de enquadramento não abarcava, alega-se, qualquer juízo de mérito acerca dos pedidos de apoio. Não se examinavam nem julgavam no enquadramento os benefícios sociais e econômicos das demandas. A análise e julgamento do mérito individual ocorria em etapa posterior do fluxo operacional, de competência de outras equipes e órgãos decisórios.

329. Em segundo lugar, porque, em uma leitura sistemática das normas aplicáveis ao caso, verifica-se que pleitos de renda variável, em especial quando feitos para apoio amplo à companhia postulante (reforço de estrutura de capital e/ou apoio a plano de negócios), têm seus benefícios, em relação à geração de emprego, aferidos em termos também genéricos ou amplos, sem a possibilidade de mensuração precisa, por exemplo, de vagas a serem criadas.

330. Asseveram os responsáveis que as frases indicadas no modelo de instrução de enquadramento eram meras sugestões para redação do documento, não sendo aptas a criar, por si só, novos requisitos para a fase de enquadramento.

331. Afirma-se, ainda, que o Sistema BNDES vinha examinando grande quantidade de pleitos formulados por empresas frigoríficas, em linha com a Política de Desenvolvimento Produtivo então vigente, que colocava o setor como um dos prioritários para expansão ou internacionalização de empresas brasileiras. Assim, já havia, por parte do Banco, conhecimento acerca do mercado de trabalho na aludida área.

Análise das alegações

332. Os documentos que embasam as decisões do BNDES são, principalmente, a Instrução de Enquadramento (IE), que subsidia a decisão do Comitê de Enquadramento e Crédito – CEC, e o Relatório de Análise (RAn), que subsidia a decisão da diretoria do banco. A qualidade desses documentos, que embasam a análise e a aprovação da operação, está intimamente ligada à confiabilidade das informações recebidas, à profundidade com que essas informações são tratadas e ao tempo dedicado ao assunto.

333. Em várias ocasiões, o BNDES e os responsáveis, neste e em outros processos, têm se

manifestado de forma a conferir ao processo de enquadramento das operações uma importância menor, um caráter irrelevante no processo de concessão do apoio financeiro concedido à JBS pelo BNDES. Discorda-se desse entendimento, pois o que se constata das normas é que a instrução de enquadramento deve possuir tópicos em que deveriam ter sido analisados com maior profundidade quais seriam os atrativos e benefícios da operação, as dificuldades do mercado e outros relevantes aspectos.

334. O Regulamento Geral de Operações – RGO vigente à época (Resolução 1467/2007 – BNDES, alterado pela Resolução 1800/2009 – BNDES), em seu Capítulo III, tratava da Concessão de Prioridade:

Art. 9º - As atividades passíveis de colaboração financeira estão sujeitas às seguintes prioridades:

I - genérica - estabelecida periodicamente pela Diretoria do BNDES; e

II - específica - definida, em cada caso, no exame de consulta sobre a colaboração financeira.

Art. 10 - O postulante da colaboração financeira deve consultar previamente o BNDES sobre a existência de prioridade para o empreendimento.

Parágrafo 1º - A consulta prévia deve conter:

a) a caracterização do postulante; e

b) os elementos fundamentais do empreendimento.

Parágrafo 2º - Compete ao Comitê de Enquadramento e Crédito decidir sobre a prioridade específica do empreendimento, como condição para o estudo do projeto relacionado à operação Clássica.

(...)

335. Conforme o artigo 10 do Anexo I da Res. 1.463/2007-BNDES, que aprovou as Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, no âmbito dos produtos FINEM, Empréstimo-Ponte e Subscrição de Valores Mobiliários em Ofertas Privadas, o enquadramento devia verificar a adequação da operação às políticas operacionais, ambiental, financeira e de crédito do BNDES.

336. A mesma Resolução 1.463/2007-BNDES dedica extenso texto (todo um capítulo) ao enquadramento. A norma, em seu Anexo I, art. 11, inciso IX, reafirmou a importância da Instrução de Enquadramento (IE), quando estabeleceu que a unidade técnica responsável pela apreciação da Carta Consulta entregue pelo postulante deveria apresentar **proposta e justificativa para o acolhimento ou não da operação**.

337. A Res. 1.797/2009-BNDES, que alterou a Resolução 1.463/2007-BNDES, e que vigia quando do Enquadramento do apoio à incorporação da Bertin pela JBS, manteve os mesmos termos da norma anterior, apenas alterando, nessa parte, a numeração dos artigos.

338. Dada a relevância desse documento, a Resolução 1355/2006-BNDES e sua sucessora, Resolução 1799/2009-BNDES, que regulavam os prazos e procedimentos para processamento de operações, estabeleciam que a análise do Enquadramento deveria ser elaborada em até trinta dias, podendo esse prazo ser prorrogado por mais quinze dias. Caso a instrução de enquadramento não se revestisse de alguma importância, ou seja, se fosse apenas um documento meramente burocrático, um mero filtro, como se alega, as normas prescreveriam apenas um ou dois dias para sua elaboração e não até 45 dias.

339. Outro ponto que merece destaque é o fato de que uma vez que um pedido de apoio financeiro seja enquadrado pelo CEC, a equipe de análise, na fase posterior, poderá majorar o valor enquadrado em até 30%, sem que o pedido tenha que ser submetido novamente para apreciação do CEC. Ou seja, o Enquadramento já coloca um patamar para o apoio financeiro pretendido, o que

evidência que não se avalia apenas o alinhamento a determinada política operacional, mas também o valor do pleito, o qual influencia tanto na análise dos riscos envolvidos quanto dos benefícios esperados.

340. Tem-se, assim, que o ato de ‘enquadrar’ uma operação significava dizer que ela estava entre as **prioridades** do BNDES, a partir da análise de sua adequação às Políticas Operacionais. Assim, embora o enquadramento seja apresentado como uma atividade meramente formal, burocrática, a verdade é que ele era, sim, uma análise do **mérito** da operação. Nesse sentido, isso deveria ser feito de forma cuidadosa, com uma instrução de enquadramento que apontasse o alinhamento da operação às prioridades estabelecidas pelo BNDES, ou seja, em qual ou quais políticas o apoio se enquadrava, bem como os retornos esperados.

341. Cabe esclarecer que o ‘mérito’ acima referido está relacionado ao merecimento, ou seja, deve-se decidir nessa etapa se o pleito ‘merece’ ser analisado, se trata-se de uma operação que pode, à primeira vista, ser apoiada pelo banco, o que se faz analisando seu alinhamento às prioridades da instituição. As defesas asseveram que o mérito da operação só poderia ser verificado na fase de Análise, porém trata-se, de fato, de análises distintas, cada qual com sua importância.

342. As Orientações Básicas e Políticas Transversais das Políticas Operacionais do BNDES, aprovadas pela Res. 1894/2010-BNDES, definem que ‘**As Políticas Operacionais do BNDES refletem a Política de Crédito e as prioridades de atuação do Banco**, como principal agente de fomento das políticas do Governo Federal, contendo regulamentação das condições financeiras, critérios e diretrizes de apoio’. Embora se trate de documento expedido após o enquadramento das operações aqui analisadas, sua utilização é válida, no sentido de esclarecer a natureza e a utilidade das Políticas Operacionais, para fins de auxiliar a análise aqui empreendida.

343. As Políticas Operacionais do BNDES (PO) vigentes à época do enquadramento e da aprovação da operação eram as consolidadas pela Res. 1417/2007-BNDES. O documento era organizado nos seguintes itens: 1. Orientações Básicas; 2. Condições Aplicáveis das Linhas de Financiamento do BNDES; 3. Glossário; e cinco Anexos, com regras específicas para alguns produtos. (Peça 1434, p. 6)

344. Eram as prescrições gerais e específicas contidas nesse documento que definiam, como visto acima, as ‘prioridades de atuação do Banco’ e que deveriam servir de subsídio à atividade de enquadramento. Cabe, então, destacar os trechos que poderiam interessar ao enquadramento das operações voltadas ao aporte na Bertin e à incorporação desta pela JBS.

345. Da parte geral, destaca-se, inicialmente, os itens 1.1 e 1.5:

1.1 INTRODUÇÃO

A atuação do BNDES se dá através de Linhas de Financiamento, Programas, Subscrição de Valores Mobiliários e Fundos Específicos.

1.5. EMPREENDIMENTOS APOIÁVEIS

- Implantação, ampliação, recuperação e modernização
- Inovação e desenvolvimento tecnológico
- Produção, comercialização, importação e exportação de bens e serviços
- Internacionalização de empresas de capital nacional (desde que associadas à promoção das exportações brasileiras)
- Reestruturação setorial/empresarial (sempre por meio de mecanismos de mercado de capitais)
- Investimentos em infra-estrutura urbana e social

- Investimentos sociais de empresas (destaque acrescido)

346. O item 1.1 reforça o que já se concluiu anteriormente nessa instrução, de que a Subscrição de Valores Mobiliários era uma atuação **do BNDES**. A formalização por intermédio da BNDESPAR não retira a obrigação de que fossem observadas as políticas do próprio BNDES. Já no item 1.5 observa-se que um dos fundamentos apresentados para a aprovação das operações - a internacionalização de empresas, prevista na PITCE e na PDP - estava associada à promoção das exportações.

347. O Anexo III das PO tratava das Condições Aplicáveis ao Produto Subscrição de Valores Mobiliários em Ofertas Públicas e em Ofertas Privadas, porém só detalhava Fundos e Debêntures Simples em ofertas públicas. Não havia regras específicas para aquisição de participação no capital de empresas por meio de subscrição de ações em ofertas privadas (caso aqui tratado), de modo que não era possível uma simples verificação do atendimento aos requisitos estabelecidos no normativo. Assim, seria exigida uma análise ainda mais detida por parte da área operacional (AMC) e do AP/Depri, a demonstrar que havia alinhamento com os objetivos mais amplos da Política.

348. Os responsáveis alegam que enquadrar era apenas demonstrar a adequação da operação, pela simples associação a uma determinada política operacional. Se isso não era diretamente possível, como visto, essa demonstração deveria exigir uma análise mais pormenorizada. E nem se diga que o mérito da operação estava definido pela PDP, pois, como demonstrado no item 3.1.4. da instrução, aquela política exigia que houvesse benefícios para a concessão de apoio.

349. Também deveriam ser observados os requisitos específicos das normas aplicáveis ao enquadramento, o que será examinado nas seções seguintes da instrução, especialmente, os aspectos econômico-financeiros da empresa e do projeto.

350. Por fim, há que se acatar as alegações quanto à ocorrência de erro na fundamentação das irregularidades com base no art. 12 do anexo à Resolução 862/1996-BNDES (Regulamento Geral de Operações - RGO). Com efeito, tal artigo tratava do 'estudo do projeto', correspondente à etapa de análise das operações. O enquadramento era tratado nos arts. 9º e 10 da Resolução como 'concessão de prioridade'. Também é fato que a Resolução 862/1996-BNDES fora revogada pela Resolução 1467/2007-BNDES.

351. Observa-se que houve equívoco na remissão à Resolução 862/1996-BNDES, grafada no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário como 862/2006. À p. 7 do Relatório do Acórdão, há diversas menções a itens do 'modelo de Instrução de Enquadramento constante da Resolução 862/2006 – BNDES', quando, na verdade, tal modelo constava, à época, como anexo da Resolução 1.358/2006. Ainda, a instrução da unidade técnica, que foi adotada no Relatório do Acórdão, refere-se a conteúdos que não eram exigidos pelo modelo vigente, a indicar que foi exigido outro modelo, que não o da Resolução 1.358/2006.

352. Assim, as Resoluções 1.311/2006, que regulava o funcionamento do Comitê de Enquadramento e Crédito - CEC, e 1.358/2006 não foram ignoradas, como alegam alguns defendentes. Mas houve, sim, erro na indicação da norma que serviu ao exame da unidade técnica.

353. De todo modo, é possível concluir que não houve análise e indicação dos benefícios em termos de geração de empregos. O item 2.2 do modelo de instrução da Resolução 1.358/2006 era explícito em exigir, não apenas o número de empregados da postulante, o que foi registrado no primeiro parágrafo da instrução de enquadramento – IE (IP AP/DEPRI 592/2007), mas também a previsão do 'aumento/redução deste efetivo' (peça 1436, p.6).

354. Em relação ao item 2.1 da IE, relativo ao 'Objetivo do Projeto', o modelo da Res. 1.358/2006 previa uma 'Descrição sucinta (dois/três parágrafos)'. A IE apresentou descrição

bem mais longa, o que era de esperar, dada a complexidade do projeto.

355. O que se questionou no parágrafo 29 da instrução da unidade técnica (p. 7 do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário) foi, principalmente, a indicação de possíveis aquisições de empresas, em valor superior a US\$ 10,7 bilhões, sem indicação das empresas-alvo e da origem da informação, a qual não constava da carta-consulta (peça 96 do TC 034.935/2015-0). Constou, também, o valor de quase R\$ 1 bilhão em investimentos de expansão, estes, sim, detalhados na carta-consulta.

356. Observa-se que, de fato, a IE vai muito além da carta-consulta, a qual apenas menciona, em suma, que o ‘projeto visa estabelecer o Grupo Bertin como um dos principais *players* mundiais no Complexo de Proteína Animal’. Isso seria alcançado ‘por meio de aquisições internacionais de empresas que possuem atuação global’. A carta, no Quadro de Usos e Fontes, item 2.3, apresenta o valor de R\$ 3 bilhões para ‘Internacionalização/Aquisições’, tendo como fonte única a participação acionária do BNDES. (Peça 1440, p. 9-10)

357. Embora possa parecer, à primeira vista, que foi cumprido o conteúdo previsto na norma, detalhando o que constava na carta-consulta, o fato é que a informação registrada na instrução de enquadramento é por demais imprecisa. A começar pelo valor de aquisições previsto, muito superior ao registrado no quadro de usos e fontes. Também se observa que cerca de 80% das aquisições ocorreriam no Brasil, o que parece incompatível com a carta-consulta.

358. A análise desse ponto será retomada na seção 3.2.4. vez que deve ser feita conjuntamente ao quadro de usos e fontes.

3.2.2. O papel do CEC

359. Os responsáveis integrantes do Comitê de Enquadramento e Crédito (CEC) alegam que, à época dos fatos, a função do CEC era a de ‘apreciar os pedidos de colaboração financeira constantes das Cartas Consultas submetidas ao Sistema BNDES e decidir sobre seu enquadramento nas Políticas Operacionais, com comunicação à Diretoria’, conforme se verificaria da Resolução 1.311/2006-BNDES, vigente àquela época.

360. Em outra linha, afirma-se que (peça 467, p. 42):

99. O CEC é um órgão interno do Sistema BNDES, criado há mais de 40 anos, ainda que com denominações diversas ao longo do tempo. Sua longevidade na estrutura organizacional explica-se pela relevância de sua *função institucional*. Em suma, o CEC funciona como um instrumento de informação e formação de Superintendentes do Sistema BNDES, visando a aprimorar o planejamento do BNDES e suas subsidiárias.

100. À época dos fatos, mesmo os Superintendentes de Áreas não operacionais, como a Área de Administração e a Área Jurídica, participavam do Comitê justamente porque não se pretendia, ali, somente deliberar sobre o enquadramento de operações, mas também, como mencionado, instituir um fórum de informações e debates internos para planejamento e aprimoramento do Sistema BNDES como um todo. A partir das pautas do CEC, os Superintendentes diversificavam sua formação executiva; tinham conhecimento, ainda que superficial, sobre os pedidos apresentados à instituição; e podiam contribuir com diferentes visões de trabalho para a uniformização e melhoria das políticas gerais do BNDES, sugerindo mudanças à Área de Planejamento.

101. Não se nega, com isso, que o CEC tivesse, também, uma atribuição operacional. Essa atribuição era, todavia, diminuta comparativamente ao restante do fluxo para aprovação de pleitos de apoio financeiro submetidos à instituição. (...)

361. Caberia ao CEC verificar o enquadramento entre a proposta de apoio financeiro e as Políticas Operacionais do BNDES, com base na instrução de enquadramento preparada e validada pelo Departamento de Prioridades (‘DEPRI’) e o Departamento de Risco (‘DERISC’), nos termos da Resolução 1.358/2006 da Diretoria do BNDES. A competência do CEC não se alteraria por

conta da complexidade ou do porte do pleito apreciado.

362. Depois de aprovado o enquadramento do pedido de aporte, dentro das modalidades previstas nas Políticas Operacionais do Banco, se iniciava a fase de análise da operação, seguida pela fase de contratação, acompanhamento e quitação ou desinvestimento, tudo conforme previsto na Resolução 1.463/2007-BNDES.

363. Afirma-se que, em resumo, o CEC possuía limitada função, e de caráter meramente opinativo, sobre o enquadramento da operação dentro das Políticas Operacionais do BNDES, já que cabia à Diretoria, e demais áreas técnicas, realizar a análise de mérito e de viabilidade da operação. Asseveram que **‘Não era, e nunca foi, o papel do CEC analisar o mérito ou a viabilidade das operações pretendidas’**.

364. Aduz-se que não cabia ao CEC rever ou refazer o trabalho da equipe de instrução de enquadramento. À luz da boa-fé e da própria lógica de gestão empresarial, seus integrantes ‘podiam e deviam presumir a completude, veracidade e legitimidade das informações veiculadas no estudo de enquadramento que lhes foi apresentado’. (Peça 467, p. 8)

365. Refuta-se, por fim, a fundamentação contida nos itens do Acórdão 2.154/2018, baseada na Lei 6.404/76, sob a alegação de que o Comitê de Enquadramento e Crédito não é um órgão estatutário, assim, seus membros não são considerados administradores, para fins da Lei das S.A e não estão sujeitos ao regime jurídico de responsabilização da Lei.

Análise das alegações

366. Reduzir o papel do CEC a um mero fórum de discussões, um ‘instrumento de informação e formação de Superintendentes’, como se alega, é minimizar a importância de um comitê composto por ‘todos os Superintendentes do BNDES, e os Chefes do Gabinete da Presidência, da Secretaria de Assuntos Econômicos — SAE e da Secretaria de Gestão do Projeto AGIR – AGIR’, com reuniões semanais, como definia a Resolução 1311/2006-BNDES e a Resolução 1.742/2009-BNDES, normativos que regulavam o CEC à época do aporte na Bertin e da incorporação desta à JBS. (Peça 1437).

367. Afirma-se até que o CEC não tem por objetivo principal deliberar sobre o enquadramento das operações, o que vai frontalmente contra as normas já mencionadas, que definiam que o CEC tinha como atribuição ‘apreciar os pedidos de colaboração financeira constantes das Cartas Consultas submetidas ao Sistema BNDES e **decidir sobre** seu enquadramento nas Políticas Operacionais, com comunicação à Diretoria’ (alínea ‘a’, item 1, de ambas as normas). O CEC não apenas discute ou pondera, mas delibera, sim, sobre o enquadramento ou não da operação, o que é um passo necessário para que se proceda à fase de Análise da operação.

368. Se é verdade que o CEC não possui ingerência ou responsabilidade direta sobre a confecção da instrução de enquadramento, também é fato que ele poderia recusá-la, por incompleta, ou pedir mais informações. O prazo de dois dias para deliberação não obriga o Comitê a decidir diante de informações incompletas. O CEC abriu mão de diversos requisitos formais e materiais, como se demonstrará, e aceitou decidir sem eles.

369. O ato de enquadrar, como já visto, não pode ser encarado como mero passo burocrático, que não acarreta qualquer consequência ao processo. Quando todo esse corpo de altos funcionários decide que um pleito se enquadra nas políticas do banco, ele sinaliza que o banco pode investir recursos na análise mais aprofundada da operação, no exame da viabilidade técnica, econômica e jurídica, bem como na definição, principalmente, da forma como o apoio será concedido, já que há, a partir do enquadramento, uma presunção, ainda que não absoluta, de que há mérito na operação. Ou seja, foi verificado que a operação tem potencial para contribuir para o alcance dos objetivos finalísticos do BNDES.

370. Afirma-se que a análise de mérito cabia à fase de Análise da operação, porém não é o que indicam as normas. Além de todo o já exposto acerca do enquadramento, observa-se que a Análise deveria tratar da viabilidade da operação, sob o ponto de vista dos aspectos técnicos e jurídicos. É o que se observa do art. 27 do anexo à Res. 1797/2009-BNDES (Fluxo das Operações):

Art. 27. A operação deverá ser objeto de Análise da viabilidade da concessão de colaboração financeira ao postulante, tendo como objetivo fundamentar a decisão da Diretoria ou do Presidente na aprovação ou negação da solicitação.

Parágrafo Primeiro - Na Análise da operação, deverão ser abordados os aspectos técnicos estabelecidos no Regulamento Geral de Operações — RGO ou em regulamento específico, considerando, inclusive, os documentos jurídicos relacionados na Orientação Normativa 2.2.1, bem como os aspectos técnicos relacionados a cada um dos segmentos de operações.

Parágrafo Segundo - O instrumento a ser utilizado no registro dos aspectos que forem objeto da Análise da operação é o Relatório de Análise — RAn.

371. O Anexo à Resolução 1798/2009-BNDES continha as 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. O art. 1º dessa norma estabelecia que ‘O Relatório de Análise é o documento que registra os aspectos considerados relevantes na análise da operação de colaboração financeira para consubstanciar a tomada de decisão pelo órgão competente’. Seu detalhamento também continha aspectos relativos ao mérito da operação, como se verá em detalhes no item 3.3. desta instrução. Isso, porém, não lhe atribuía a exclusividade dessa análise, a qual, repita-se, cabia, em primeira instância, ao Enquadramento.

3.2.3. O objetivo de otimizar o nível de alavancagem financeira era legítimo

372. As defesas mencionam que o Caderno de Orientações Básicas e Políticas Transversais das Políticas Operacionais do Sistema BNDES dispõe claramente que as operações de subscrição de valores mobiliários podem ter como finalidade o custeio de manutenção corrente.

373. Aduzem que operações com a finalidade de adequar, ou reforçar, a estrutura de capital de companhias brasileiras têm sido o mote da atuação do Sistema BNDES em renda variável ao longo de mais de quarenta anos. Essa teria sido a razão de terem sido expressamente reconhecidas pela Resolução 2272/2012-BNDES. São listadas diversas operações da BNDESPAR que teriam esse objetivo, como à peça 435, p. 18.

374. Afirma-se que não há regra, norma, preceito, disciplina ou princípio que proíba uma empresa de ir ao mercado buscar parceiros com a finalidade de reforçar sua estrutura de capital. Da mesma forma não existiria razão para que a BNDESPAR não participe dessas operações, que podem representar uma boa oportunidade de retorno para o Sistema BNDES. Frisa-se que a Política de Desenvolvimento Produtivo (‘PDP’) conferia ao setor prioridade. Para a BNDESPAR, representaria uma desejável diversificação do seu portfólio, concentrado à época em mineração, petróleo e energia.

375. Aduz-se que reforçar a estrutura de capital, dentro da concretização de um plano de negócios, é uma finalidade comum e corriqueira de toda e qualquer atividade empresarial, sendo a razão principal das operações de mercado de capitais no Brasil e no mundo. Além disso, esse tipo de investimento em uma empresa com ativos operacionais de qualidade e que sejam capazes de gerar resultados representa uma oportunidade de ganho para qualquer investidor do mercado de capitais, e para a BNDESPAR não seria diferente. Recorre-se ao relatório da CAI, segundo o qual a adequação da estrutura de capital ‘é um objetivo em si mesmo’.

376. Afirmam os defendentes que a atuação do Estado, no caso, é de incentivo, de indução não coativa de determinados comportamentos desejáveis, de apoio e ajuda à iniciativa privada, *in*

casu, de auxiliar a corrida de um *player* ao mercado de capitais. Menciona-se José Vicente dos Santos Mendonça (peça 429, p. 57):

a ideia geral do fomento – e aqui trataremos apenas do fomento público, isto é, do fomento realizado por entidades integrantes da Administração Pública, **mesmo quando possuidoras de personalidade jurídica de direito privado, como no caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, aliás, as maiores fomentadoras na Administração Pública federal** – não é difícil de indicar: trata-se de auxiliar o desenvolvimento e o exercício de uma atividade privada, que se supõe de interesse público, com meios públicos. (grifos da defesa)

377. Nesse tipo de apoio ao setor privado, afirma-se, a Administração Pública não concede incentivos ou benefícios fiscais, nem mesmo empresta recursos ou concede créditos às empresas. Na verdade, por meio da ‘técnica acionária de fomento’, a Administração Pública torna-se sócia do particular numa determinada empresa, compartilhando riscos, ganhos e perdas como todo e qualquer acionista.

378. Ressalta-se que ‘fomento não se confunde com favor’. É parte da atuação institucional da BNDESPAR reforçar a estrutura de capital de empresas fechadas, visando a uma futura abertura de capital em bolsa, podendo alienar sua participação por meio de venda em pregão, apropriando-se, assim, do ganho decorrente da valorização das ações (*upside*). Afirma-se ser notória a contribuição histórica da BNDESPAR para o desenvolvimento, em parceria com o segmento privado, do mercado de capitais brasileiro, por meio de novos mecanismos.

Análise das alegações

379. Não se questionou, no presente processo, a possibilidade de utilização de recursos captados pelas empresas em geral por meio da venda de ações para suprir suas necessidades gerais. O que se questiona é a falta de informação e análise, em um processo de apoio financeiro do BNDES, sobre como os recursos seriam utilizados.

380. Da forma como a questão é colocada pelos responsáveis, parece que os investidores comprem ações das empresas às cegas, baseados somente na fé de que serão bem utilizados e darão o retorno esperado. Mas essa, absolutamente, não é a regra. Tanto é assim que, para colocações públicas, os órgãos reguladores exigem a publicação de prospectos com informações detalhadas sobre o destino dos recursos. Veja-se trecho do ANEXO III da Instrução CVM 400, que dispõe sobre o tema:

3.5 DESTINAÇÃO DE RECURSOS (somente aplicável à distribuição de valores mobiliários de emissão do próprio ofertante)

3.5.1 Exposição clara e objetiva do destino dos recursos provenientes da emissão, bem como seu impacto na situação patrimonial e nos resultados da emissora;

3.5.1.1 Se os recursos forem, direta ou indiretamente, utilizados na aquisição de ativos, à exceção daqueles adquiridos no curso regular dos negócios, descrever sumariamente esses ativos e seus custos. Se forem adquiridos de partes relacionadas, informar de quem serão comprados e como o custo será determinado;

3.5.1.2 Se os recursos forem utilizados para adquirir outros negócios, apresentar descrição sumária desses negócios e o estágio das aquisições. Se forem adquiridos de partes relacionadas, informar de quem serão comprados e como o custo será determinado;

3.5.1.3 Se parte significativa dos recursos for utilizada para abater dívidas, descrever taxa de juros e prazo dessas dívidas e, para aquelas incorridas a partir do ano anterior, apresentar a destinação daqueles recursos, nos termos dos itens 3.5.1.1 e 3.5.1.2; e

3.5.1.4 No caso de apenas parte dos recursos ser obtida através da distribuição, quais outras formas de captação previstos para atingir seu objetivo. E na hipótese de serem vários objetivos e apenas parte dos recursos for obtida, quais objetivos serão prioritários.

3.5.2 Outras Fontes de Recursos - Se houver, discriminar outras fontes de recursos os quais terão destinação associada àquela relativa à distribuição pública; e

3.5.3 Fontes alternativas de captação, em caso de distribuição parcial.

381. Sabe-se que, em colocações privadas, não se aplica a Instrução 400 CVM, tampouco no caso aqui tratado. A menção à norma é para mostrar, em contraponto às alegações apresentadas, que essas são informações necessárias para o investidor saber qual o destino do seu dinheiro.

382. Por meio da NOTA AJ/JUCAD Nº 007/2018, o BNDES faz alusão a alguns prospectos de ofertas públicas de ações, destacando que tais documentos preveem a possibilidade de alteração dos percentuais previstos de destinação dos recursos, em função de alterações nas condições de mercado (peça 420, p. 251, e outras). Observe-se, porém, que tais prospectos, que atendiam à já mencionada Instrução 400 CVM, detalhavam a aplicação dos recursos. É exatamente a falta desse detalhamento e da correspondente análise, pela equipe da BNDESPAR, que se questiona aqui.

383. A afirmação de que operações com a finalidade de adequar, ou reforçar, a estrutura de capital de companhias brasileiras têm sido o mote da atuação da BNDESPAR tampouco afasta a constatação em tela. Mais uma vez, não se questiona a natureza do apoio, mas a falta de demonstração da destinação prevista para os recursos e, em decorrência, de sua efetiva necessidade. Mesmo a citada Res. 2272/2012-BNDES, a qual, alega-se, normatizou o que já se fazia, não autoriza que se invista em empresas, a título de adequar a estrutura de capital, sem adequada justificção. A mera previsão dessa finalidade não é carta branca para que se derrame dinheiro em empresas a esse título. De todo modo, tanto essa Resolução, quanto o mencionado Caderno de Orientações Básicas e Políticas Transversais (de 2018 – peça 658, p. 147) são posteriores aos fatos apurados.

384. Não é aceitável, tampouco, a alegação de que a melhoria da estrutura de capital e o apoio a capital de giro estariam inclusos na finalidade de ‘reestruturação empresarial’ prevista na Resolução 1.417/2007-BNDES (Orientações Básicas das Políticas Operacionais). Ora, uma reestruturação empresarial pode ou não demandar recursos com essas finalidades, como para diversas outras. Qualquer aplicação, no entanto, deve ser devidamente analisada, justificada e acompanhada.

385. Em conclusão, admite-se que a BNDESPAR faça investimento em valores mobiliários, com a finalidade imediata de adequar a estrutura de capital de uma empresa. Mas é imprescindível que se demonstre: i) que a empresa necessita desses recursos; ii) como os recursos aportados cumprirão essa finalidade e iii) quais benefícios serão obtidos com tal readequação.

386. Ainda que se admitisse que o BNDES pudesse buscar somente o lucro na operação, dispensando a demonstração dos benefícios esperados, haveria de ser detalhada a aplicação dos recursos na finalidade informada.

3.2.4. Sobre os aspectos econômico-financeiros da empresa e da operação

387. Aduzem os responsáveis que, seguindo a regra interna do BNDES que preconizava a elaboração de um parecer mais objetivo, sintético, sobre a adequação do pleito apresentado, a Instrução de Enquadramento visava ao cotejo dos principais dados contábeis da empresa que estivessem disponíveis. Não havia imposição de que fossem citados quaisquer indicadores específicos, tampouco aqueles arguidos como faltantes pelo TCU.

388. A Instrução de Enquadramento 592/2007 teria privilegiado os principais dados da última demonstração contábil disponível da Bertin (de 31/12/2006), auditada por auditores independentes (BDO Trevisan), registrando as informações mínimas necessárias ao conhecimento da situação financeira da empresa, seu nível de endividamento e seu resultado operacional, os quais seriam suficientes a demonstrar sua aptidão para ter seu pedido de apoio analisado pelo Sistema

BNDES. O quadro elaborado seguiu prática já bastante consolidada no AP/DEPRI à época, usualmente verificada nos pareceres de enquadramento de pedidos de colaboração financeira semelhantes, emitidos no mesmo período.

Não havia endividamento excessivo

389. As defesas alegam que a aferição de níveis e índices de endividamento deveria ser feita considerando somente a Bertin S.A., e não as demonstrações financeiras da Bertin Ltda., que, a partir de julho de 2007, com sua cisão parcial, passou a denominar-se ‘Bracol Ltda.’. Dessa forma, a Bertin S.A. não seria ‘excessivamente endividada’, contrariamente ao afirmado pela equipe de auditoria do TCU.

390. Registram que o processo de *dropdown* de ativos e passivos, com a criação da nova empresa, tinha como lógica segmentar os ativos operacionais geradores de caixa, com forte sinergia entre si, de modo a alocar os principais segmentos da cadeia bovina e de produção de proteína animal numa mesma unidade produtiva – providência considerada prioritária pelo Sistema BNDES –, segregando-os de outros negócios do grupo empresarial, que, por isso, não foram incluídos na nova sociedade, ou seja, na Bertin S.A. Sem essa providência, a BNDESPAR não faria o aporte, entendendo que o grupo não deveria ter, sob uma mesma pessoa jurídica, atividades diversas do que deveria ser o *core business* da sociedade destinatária do investimento da BNDESPAR. Ao contrário do que apregoa o TCU, a diligência e técnica da equipe do Sistema BNDES ficariam aqui claramente explicitadas.

391. Tendo surgido em julho de 2007, a Bertin S.A. não possuía demonstrações financeiras relativas aos anos anteriores, razão pela qual foram elaboradas demonstrações financeiras pró-forma compreendendo os primeiros seis meses de 2007 e os anos de 2005 e 2006, sendo tais demonstrações financeiras todas devidamente revisadas e chanceladas pela BDO Trevisan. Foi com base nessas demonstrações financeiras pró-forma da Bertin S.A., e não com as da Bertin Ltda., que se realizou a respectiva análise econômico-financeira e se decidiu pela realização do negócio.

392. Afirma-se que, ao ignorar os demonstrativos pró-forma da Bertin S.A., a equipe de auditoria do TCU chegou a números muito diversos daqueles encontrados pela BNDESPAR e que, efetivamente, representariam a realidade financeira da sociedade investida. Números diversos, por se tratar de estruturas distintas, por conseguinte incomparáveis.

393. Ressalta-se que, se tratando, no caso, de uma operação de renda variável, a ser realizada por meio de aumento de capital, o papel do Comitê de Enquadramento e Crédito era ainda mais restrito, limitando-se à análise do enquadramento às Normas Operacionais, sem qualquer avaliação quanto à classificação de risco de crédito da empresa proponente, conforme ficaria evidente pela análise da Resolução 1.470/2007-BNDES. Transcreve-se o item 5 da norma:

5. RISCO DE CRÉDITO DA OPERAÇÃO

Observações:

- 1) Nas operações de participação acionária, inserir o item ‘TESE DE INVESTIMENTO’.
- 2) Caso a operação seja integralmente através de participação acionária, o item ‘RISCO DE CRÉDITO DA OPERAÇÃO’ e seus sub-itens deverão ser eliminados.

A indicação da destinação dos recursos foi suficiente

394. Alega-se que a etapa de enquadramento prescindia da definição exata ou ‘criteriosa’ da destinação dos recursos pretendidos pela empresa, tanto que o montante postulado podia ser modificado durante a etapa de análise, sendo nesta que a empresa interessada precisava definir seu projeto (cf. Resolução 1.463/2007).

395. Nesse sentido, o próprio modelo de instrução de enquadramento à época vigente preveria o emprego de quadro de usos e fontes ‘sintético’ (item 2.3. do Anexo II), reforçando a

lógica de delimitação dessa etapa operacional e diferenciação entre o exame nela realizado daquele próprio da fase de análise.

396. Repete-se a alegação de que, em pleitos de renda variável, era usual que o financiamento requerido visasse a reforçar a estrutura de capital da companhia e/ou apoiar, genericamente, seu plano de negócios. Alude-se à Nota AJ/JUCAD 07/2018, com o seguinte teor:

29. A realização de operações de aumento de capital (oferta de ações ou instrumentos conversíveis em ações) visando ao reequilíbrio da estrutura de capital das empresas é uma das principais razões pelas quais as companhias recorrem ao mercado de capitais (abertura de capital em bolsa de valores ou venda de parte do seu capital para investidores). Em um estudo realizado com 984 diretores financeiros de empresas norte-americanas que realizaram oferta pública inicial de ações (Initial Public Offering - IPO), 44,4% afirmaram que um dos benefícios da abertura de capital foi utilizar os recursos captados para a redução do nível de endividamento da empresa.

30. Em outro estudo feito com uma amostra de 16.958 IPOs realizados em 38 países entre os anos de 1990 e 2003, os autores concluíram que 89% das emissões eram feitas de forma primária (venda de ações novas para captação de recursos para as empresas) e o dinheiro captado ia para o caixa das companhias para suprir suas necessidades gerais de recursos.

31. Outrossim, conforme estudo realizado pela ANBIMA – Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais, grande parte das emissões de debêntures em mercado tem como finalidade obtenção de funding para ‘capital de giro’ e ‘refinanciamento de dívidas’. Tais rubricas representam 78,8% das finalidades nas emissões de debêntures de 2018; 78% das emissões de 2017; 50,5% das emissões de 2016; 53,4% das emissões de 2015; e 51,4% das emissões de 2014.

32. Diante do exposto, constata-se que não houve, no investimento realizado pela BNDESPAR na Bertin, uma ‘ausência de efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos’. A operação foi aprovada em total conformidade com os normativos aplicáveis e de maneira alinhada com a prática de mercado, de modo que não houve qualquer atuação irregular por parte da BNDESPAR e tampouco a realização de operação sem a efetiva análise da destinação dos recursos aportados.

397. As defesas frisam, ainda, que a demanda da Bertin no caso era de apoio amplo ao seu plano de negócios, como o próprio Tribunal reconheceria (no parágrafo 166 do voto do Min. Relator, por exemplo, afirma-se que a ‘solicitação [era] tão genérica - que, na prática, nada informava sobre destino a ser dado aos recursos, vez que poderiam ser utilizados para várias finalidades, em montantes não previamente definidos’). Alega-se que essa amplitude do pedido, embora possa soar pouco usual para o Tribunal, não constitui irregularidade à luz das normas do Sistema BNDES e do próprio mercado de capitais.

Análise das alegações

398. Conforme apontado no parágrafo 350 desta instrução, o exame anterior da instrução de enquadramento, que levou ao Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, adotou modelo que não era o que vigia à época, aprovado pela Res. 1.358/2006-BNDES (peça 1436). A fim, no entanto, de que se possa concluir sobre a adequação da Instrução de Enquadramento (IE) – IP AP/DEPRI 592/2007 à norma então vigente, a análise das razões de justificativa será feita cotejando a IE (peça 1440, p. 31-38) com o modelo vigente (o exigido na Res. 1.358/2006-BNDES).

399. Inicia-se a análise pelos números e indicadores constantes do item 1.4 da IE. Segundo o parágrafo 27 da instrução da unidade técnica, o modelo de instrução de enquadramento exigiria indicadores como EBITDA, EBITDA/ROL, LL/ROL e Dívida Líquida/EBITDA. Ocorre que, como alegado pelas defesas, o item 1.4 do modelo vigente, o qual também se referia a ‘Dados Econômico-Financeiros’ não estabelecia quais indicadores deveriam ser informados, mas apenas quadro que ‘sintetiza a última demonstração contábil disponível’.

400. Nesse sentido, não é possível afirmar que os valores registrados no item 1.4 da IE estariam em desacordo com a norma, pois foram apresentados os números principais da situação patrimonial e dos resultados observados pela Bertin Ltda.

401. O parágrafo 30 da instrução da unidade técnica (p. 8 do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário) trata do item 2.2 da IE, sobre o quadro de usos e fontes (QUF). Conforme exposto no parágrafo 357 desta instrução, o objetivo do projeto declarado na IE apresentava valores muito superiores aos que constaram no QUF apresentado pela postulante, o qual foi simplesmente reproduzido na instrução de enquadramento. O Acórdão questionou, então, a incoerência dos valores relativos à rubrica 'Modernizações/Expansões/Capital de Giro', no valor de R\$ 500 milhões, sendo que apenas para modernização e expansões a consulta previa R\$ 1,047 bilhão.

402. Também foram questionadas, nos itens 40 e 41 da instrução da unidade (p. 10 do Relatório), as discrepâncias e imprecisões nos valores dos investimentos. Destacou-se o fato de se apresentar como alvo de aquisição uma empresa cujo valor estimado pela consulta seria de US\$ 6,7 bilhões, patrimônio bastante superior ao da própria Bertin S.A.

403. As defesas apenas discutem, em tese, a natureza do enquadramento, para defender que não haveria necessidade de maior detalhamento. Mas o fato é que não se justificou a ausência da completude dos dados e do detalhamento mínimo esperado. É óbvio que a função do QUF é apresentar **todas** as fontes e **todas** as aplicações dos recursos. Não se trata de mera formalidade.

404. O fato é que o quadro apresentado na instrução de enquadramento, além de estar em desacordo com o modelo vigente, não tem qualquer utilidade. Não se indicaram as fontes que supririam o elevado montante de recursos indicados na consulta, nem se especificou o quanto se pretendia investir em determinadas rubricas, que foram apresentadas de forma agrupada.

405. Ainda que se admita que a análise não se esgota no Enquadramento e que o detalhamento do projeto se dá na fase de Análise, o fato é que a instrução de enquadramento produzida não se prestaria sequer a servir como filtro de operações, finalidade tantas vezes atribuída pelas defesas a essa etapa. A quantidade de imprecisões e incoerências existentes no documento, mencionadas também nos itens 42 a 45 da instrução da unidade, evidenciam isso, o que não restou justificado pelas defesas.

406. A IP AP/DEPRI 592/2007 registra que o valor pleiteado de R\$ 3.500 milhões 'corresponde, **segundo a empresa**, a 25% da totalidade das ações emitidas por ela' (destaque nosso), mas não faz qualquer crítica a esse percentual, que indicava um valor de empresa equiparado às maiores do mundo no setor, e muito acima do seu ativo total, apontado na própria IP. Diante desses números, sobressaía a necessidade de atenção a outros dados, como o endividamento da empresa, a exposição do banco a ela e o limite de risco.

407. Em relação ao endividamento, embora, como dito acima, sua análise se mostrasse relevante, não se tratava de item obrigatório, nos termos da Res. 1.358/2006-BNDES. Dessa forma, as alegações sobre essa questão específica serão consideradas no exame da adequação do Relatório de Análise.

408. Em relação à exposição do BNDES à empresa, o modelo exigia informações somente acerca das operações diretas, que foi o que constou. Questionou-se no Acórdão a imprecisão do número apresentado, erro que foi reconhecido pelo BNDES, o qual alegou, porém, que não haveria alteração do saldo devedor (parágrafo 33 da instrução). O que não se justificou foi como uma alteração de R\$ 431 milhões no valor das operações 'Enquadradas, em Análise ou Aprovadas' (cerca de 40% do total) foi indiferente para o enquadramento. Não se esclareceu por que são informados tais valores se apenas o saldo devedor seria importante, como sinalizou o BNDES.

409. Parece óbvio que todas as informações exigidas nos modelos de instrução de enquadramento ou relatório de análise são importantes e deveriam ser consideradas. No caso, ainda que estivesse errado o número, a IE apontava para R\$ 1 bilhão em operações em vias de serem contratadas. Isso correspondia a cerca de 20% do Ativo Total da empresa, ou 70% do seu Patrimônio Líquido, conforme indicado no item 1.4 da IE. Era de se esperar que houvesse alguma análise sobre esses números.

410. Chega-se, por fim, ao limite de exposição da empresa, cuja análise teria apresentado elementos contraditórios e/ou incorretos (parágrafos 32 a 35 da instrução). Na verdade, a IE sequer se pronunciou sobre esse limite, não apresentando o item 2.5 do modelo de instrução. Com efeito, como se verá em mais detalhes no exame da fase de Análise da operação, sob a ótica da Res. 1.318/2006-BNDES, o limite de exposição deve desconsiderar o valor das participações acionárias. O limite para participações acionárias estava fixado na Res. 1417/2007-BNDES, de 1/3 do capital total.

411. A contradição, de fato, apresentada nos parágrafos 32 a 35 da instrução diz respeito à classificação de risco (*rating*) da empresa. Segundo tais itens, a classificação então vigente não poderia ser adotada, sem uma reanálise, em função das alterações societárias pelas quais o Grupo Bertin estava passando. Mais uma vez, porém, ainda que tal medida se mostrasse recomendável, cabe acatar as justificativas apresentadas, no sentido de que ela não era obrigatória. Considerando que ainda havia alguns meses de validade para a classificação vigente, bem como as finalidades do Enquadramento, não há como imputar como irregular a adoção da classificação possuída pela empresa naquele momento.

412. Conforme estabelecido no art. 29 do Anexo à Res. 1463/2007, que trata do fluxo das operações no BNDES, caso o postulante possuísse classificação de risco em vigor, a unidade responsável pela Análise da operação deveria considerá-la. Já o parágrafo 1º do mesmo artigo previa que só seria realizada nova ‘Análise Retrospectiva’, caso ocorressem fatos posteriores à classificação que pudessem causar impactos negativos relevantes na situação econômica do postulante e/ou do grupo econômico. Embora o dispositivo se refira à fase de Análise, é razoável que se estenda a definição para o Enquadramento.

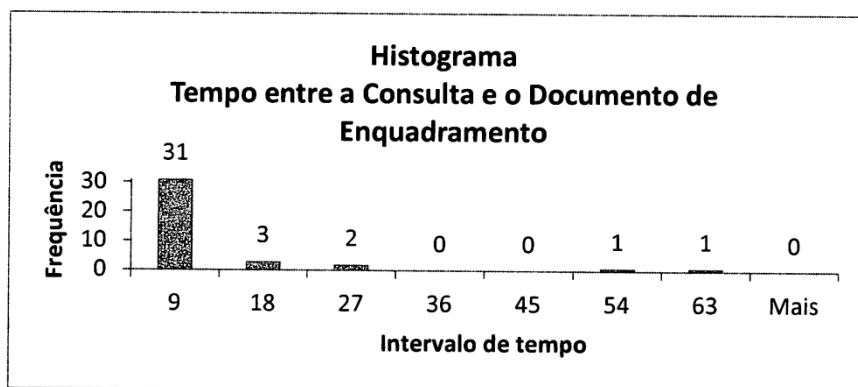
413. Considerando que a análise do limite de exposição devia ser feita para o grupo, conforme previsto no art. 1º, § 1º, da Res. 1.318/2006-BNDES, não parece seguro afirmar que a reestruturação interna do grupo pudesse causar ‘impactos negativos relevantes’, a obrigar uma nova análise retrospectiva do grupo.

3.2.5. O prazo para o Enquadramento foi suficiente

414. Asseveram os responsáveis que, para chegar à conclusão de que a instrução de enquadramento da operação Bertin foi elaborada em prazo exíguo, o TCU considerou, a partir dos registros do Sistema OPE, que a carta consulta da empresa teria sido apresentada em 26/10/2007 e, logo em 30/10/2007, já teria sido finalizado o parecer acerca do tema. O Tribunal teria desconsiderado, contudo, diversos documentos anexados aos autos que comprovam o início da tramitação do pleito, ao menos, desde agosto de 2007.

415. Referem-se à peça 123 do TC 034.932/2015-1 (relativo à operação de aquisição de participação na Pilgrim’s), para afirmar que a própria equipe técnica do Tribunal reconheceu, a partir da comprovada praxe do Sistema BNDES de registro tardio das operações de renda variável em sistema, que não haveria de se reputar aos agentes envolvidos na operação pretensa irregularidade por atuação em prazo exíguo.

416. Apresenta-se gráfico que poderia corroborar a mencionada praxe de registro tardio em sistema e, em vista disso, reduzido tempo formal de execução das instruções de enquadramento em pleitos similares ao da operação Bertin (peça 466, p. 63):



417. Tal gráfico refletiria consulta feita no OPE a operações (i) realizadas no intervalo de 1/1/2006 a 20/2/2008; (ii) com natureza de mercado de capitais e valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00; e (iii) que tivessem sido concluídas ou contratadas, de modo a afastar-se da comparação pleitos que tivessem apresentado algum problema inviabilizador de sua aprovação. Obteve-se, com tais parâmetros de pesquisa, um universo de 38 operações, em que a maioria transcorreu, formalmente, em até nove dias contados do registro da respectiva carta-consulta.

418. Anexa-se cópia de e-mail enviado em 11/10/2007 pela Área Operacional, solicitando formalmente a uma das unidades o início do trabalho de enquadramento, com juntada, para tanto, inclusive, da minuta de carta-consulta então já formulada pela companhia postulante dos recursos, o que comprovaria o dispêndio efetivo, pelo AP/DEPRI, de pelo menos 19 dias com o enquadramento da operação Bertin (peça 466, p. 143).

419. Alega-se, ainda, que o prazo máximo para toda a etapa de enquadramento era de trinta dias, prorrogáveis por mais quinze, o que indicaria que o ideal era e continua a ser, sempre que possível, atuação mais célere dos empregados do Sistema BNDES. Afirma-se que um dos motivos para o prazo curto seria a praxe existente, à época dos fatos, de início das tratativas e exame dos pleitos dessa natureza antes mesmo de seu registro no OPE, a fim de evitar o vazamento de dados sigilosos das companhias

420. Os responsáveis integrantes do CEC aduzem que o Comitê se reunia semanalmente, conforme item 3.1 da Resolução 1.311/2006, para deliberar sobre a pauta encaminhada. O prazo de análise da instrução de enquadramento submetida ao CEC era de dois dias úteis, como estipulado no item 3.2 da mesma Resolução. Ou seja, o prazo estabelecido pelo BNDES ao CEC para avaliar o enquadramento da operação nas Normas Operacionais do BNDES era extremamente curto, uma vez que o trabalho realizado pelo Comitê não demandava uma análise aprofundada e criteriosa a respeito dos documentos que lhe eram submetidos e, muito menos, uma análise do mérito ou viabilidade da operação.

421. Afirmam que a Instrução de Enquadramento é datada de 30/10/2007 e a 135ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito, que culminou com a recomendação de enquadramento da Operação, foi realizada no dia 5/11/2007, respeitando-se, assim, o prazo de dois dias úteis exigido na Resolução.

Análise das alegações

422. Inicialmente, sobre a média de tempo de enquadramento apresentada, tem-se que, a contar da data de registro da Carta Consulta, o prazo de enquadramento teria sido de quatro dias (dois dias úteis), logo bastante inferior à média, embora se tratasse de operação com valor muito acima do limite de corte de valor da amostra (R\$ 10 milhões).

423. Os responsáveis pretendem, ao apontar esses números, indicar que o enquadramento em tempo reduzido desta operação não foi uma exceção. Ocorre que as médias informadas são

calculadas a partir de registros que carecem de credibilidade. O próprio BNDES, na Nota Técnica AMC/DEPAR 46/2015, em que informou alguns desses dados, aponta que (peça 1760, p.328, do TC 036.606/2018-9):

Essa maneira de atuar [postergando o registro da carta consulta], **em que pese criar aparentes incoerências do ponto de vista de registros formais em sistemas**, protege tanto a postulante quanto a BNDESPAR no que tange ao tratamento de informações estritamente confidenciais.

(...)

Ressalte-se, pelos motivos explicados, esse prazo curto não significa que não houve uma análise da proposta ou da situação econômica e jurídica da empresa, apenas que esta ocorria em paralelo aos registros nos sistemas do BNDES. (grifamos)

424. Ou seja, o próprio BNDES reconhece que seus registros não representavam o que realmente acontecia. Os lançamentos nos sistemas à época não eram confiáveis e sendo assim não servem de base para comparações entre as operações. Somente com a realização de fiscalizações como a que originou a presente TCE é que se poderia realmente constatar se foram atendidas todas as normas do BNDES ou se esses outros apoios financeiros também apresentaram os mesmos problemas ora analisados.

425. A questão gira em torno, então, de acatar ou não o argumento de que a análise do pleito se iniciou antes da data de registro da consulta no sistema. E se mostra razoável acatar tal alegação, embora o próprio documento, à p. 19, na qual se inicia a apresentação gráfica da reestruturação do Grupo Bertin, apresente como data ‘Outubro 2007’. É que, com efeito, além do e-mail apresentado, há outros documentos trazidos nas defesas dos responsáveis pela Análise da operação (v. item 3.3.3. da instrução) que apontam para atividades de análise já em agosto e setembro de 2007.

426. Em relação aos membros participantes da 135ª Reunião Extraordinária do Comitê de Enquadramento e Crédito do BNDES, há que se esclarecer que a audiência que lhes foi dirigida não trata, nesse ponto, somente do prazo que eles tiveram para deliberar, mas sobre o prazo da própria instrução de enquadramento, aliado ao conteúdo nela produzido. Ainda que se admita que o CEC não possui a obrigação de verificar a carta consulta, é sua incumbência observar se a instrução de enquadramento foi elaborada de forma adequada. Caso se concluísse que a instrução fora realizada somente em quatro dias, ter-se-ia, para o CEC, um forte indicativo de possível insuficiência de análise.

427. Considerando, porém, o acolhimento das justificativas quanto ao prazo de elaboração da instrução de enquadramento e a ausência de apontamento específico sobre o prazo de deliberação no próprio CEC, é possível acolher as razões de justificativa dos membros do CEC quanto a esse ponto.

3.2.6. Ausência de nexo causal possível entre a atuação dos responsáveis pelo Enquadramento e qualquer suposto favorecimento à Bertin

428. Alega-se que, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas (remete-se ao Acórdão 1.721/2016-TCU-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler), o liame exigido para fins de responsabilização pessoal de agentes público há de ser **direto e imediato**. Isso significa que, de todas as condições presentes em determinado caso, só pode ser considerada causa da suposta irregularidade apurada, para fins de punição do respectivo agente, aquela que se atrelar direta e imediatamente ao alegado ilícito.

429. Assim, não seria possível estabelecer-se a responsabilização pessoal dos jurisdicionados, pois a conduta a eles atribuída (instrução de enquadramento) não teria como vincular-se direta e imediatamente ao suposto favorecimento ou benefício vislumbrado pelo TCU à Bertin, e que estruturaria toda a acusação realizada no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. Aduz-se

que sequer faria sentido lógico que eventual empresa interessada em obter vantagens indevidas junto ao Sistema BNDES atuasse junto a uma quantidade tão grande de pessoas, como as envolvidas na etapa de enquadramento, cuja identificação exata ela provavelmente nem teria como precisar, sendo, por outro lado, tão reduzido o papel do enquadramento no fluxo operacional e, por isso mesmo, tão usual a admissibilidade ou habilitação dos pedidos em seu âmbito.

Análise das alegações

430. Os responsáveis pelo enquadramento (signatários da instrução e membros do CEC) foram chamados em audiência em função das evidências de falhas nessa etapa da operação. Não é indispensável a existência de dolo para sua responsabilização, bastando que tenham agido com culpa, com erro grosseiro.

431. Observe-se que foi afastada a responsabilidade desses indivíduos por eventual dano na operação, exatamente por não se caracterizar o nexo causal direto e imediato entre sua atuação e o resultado observado. Porém, trata-se, aqui, de responsabilidade por falha no enquadramento. O nexo a ser observado é entre a atuação de cada responsável e as falhas observadas.

3.2.7. Conclusão sobre as alegações relativas ao Enquadramento da operação de aporte na Bertin

432. Os itens 9.5.1. e 9.5.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário determinaram a audiência de diversos responsáveis por irregularidades havidas no processo de enquadramento da operação, ‘em descumprimento não só do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES, seus valores, insculpidos no art. 3º do Estatuto Social do banco, c/c art. 4º, II, do Estatuto da BNDESPAR’, além do disposto nos arts. 153; 154, §2º, ‘a’; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76’.

433. Cabe ressaltar, inicialmente, que o Relatório e o Voto condutor da deliberação, no caso, intitulado Proposta de Deliberação, são partes integrantes do Acórdão, servindo para fundamentar a decisão. Assim, ao contrário do apontado por algumas defesas (por ex., a de Caio Britto de Azevedo, Priscila Tavares Camacho Bak e Renata Moustapha Correa), os apontamentos contidos na parte dispositiva do Acórdão e as respectivas razões de justificativa podem ser analisados considerando os fundamentos do Voto (Proposta de Deliberação), sem que isso caracterize ‘motivação autônoma de julgamento do processo’, como alegado, até porque o Acórdão fez menção explícita ao Voto. Assim, afasta-se, desde já, a possibilidade de concessão de ‘nova e específica oportunidade de defesa aos jurisdicionados’, como pleiteado (peça 466, p. 58).

434. Conforme anotado anteriormente, constatou-se erro na fundamentação das irregularidades com base no art. 12 do anexo à Resolução 862/1996-BNDES (Regulamento Geral de Operações - RGO). Além de tal dispositivo tratar do ‘estudo do projeto’, correspondente à etapa de análise das operações, o modelo de instrução de enquadramento não constava dessa norma, mas sim, da Resolução 1.358/2006-BNDES.

435. Com efeito, é forçoso reconhecer que o exame feito na instrução da unidade técnica que culminou nas audiências adotou, em parte, modelo de referência inválido, motivo pelo qual foram afastados os seguintes apontamentos, os quais relacionavam-se a informações ou análises não exigidos pela Resolução 1.358/2006-BNDES: ausência de indicadores econômicos específicos; e ausência de análise detalhada do endividamento (parágrafos 399 e 407).

436. De todo modo, é fato que os responsáveis tomaram conhecimento dos demais apontamentos e apresentaram suas razões de justificativa acerca do conteúdo da instrução de enquadramento, defendendo sua adequação ao modelo correto. Não houve prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

437. Conforme registrado nas seções anteriores, foi afastado o apontamento de que a Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007 foi elaborada em tempo exíguo, porém não

podem ser acatadas as alegações de que foram atendidas as finalidades do enquadramento e cumpridos os normativos aplicáveis.

438. O questionamento, no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, do fato de a instrução de enquadramento ter sido elaborada em sua maior parte com informações prestadas pela postulante dos recursos é uma evidência (mais uma) de que o ato de enquadramento não se apoiou em um exame suficiente dos aspectos da operação. Se constassem na instrução todos os elementos requeridos, bem como uma adequada ponderação acerca da operação, não haveria maiores problemas em que grande parte dela fosse copiada de informações fornecidas pela Bertin. Não foi, porém, o que aconteceu, como demonstrado nas seções anteriores da instrução.

439. Assim, mesmo afastando os pontos indicados no parágrafo 435, restou caracterizado que a Instrução de Enquadramento foi elaborada ‘sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos’ e ‘com ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira’. Tais falhas evidenciam ‘descumprimento (...) da missão do BNDES, seus valores, insculpidos no art. 3º do Estatuto Social do banco, c/c art. 4º, II, do Estatuto da BNDESPAR’, como apontado no Acórdão.

3.3. Fase de Análise e aprovação da operação de aporte

440. Conforme resumido no item 42 do Voto do Relator no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, a unidade técnica apontou as seguintes falhas e irregularidades em relação ao Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO n. 08/2008, de 25/03/2008 (peças 99 e 100 do TC 034.935/2015-0, copiadas às peças 1441 e 1448 deste processo), o qual, doravante, será indicado nesta instrução como ‘Relatório de Análise’ ou ‘RAn’:

- a) o relatório de análise foi elaborado a partir das informações advindas da consulta (genérica), do plano de negócios e de reuniões entre empresa solicitante e banco, informações essas condensadas em uma apresentação de PowerPoint que, posteriormente, teriam sido utilizadas como insumo no relatório, e ainda, de informações incluídas no demonstrativo financeiro de 30/09/2007 (§ 57 e 58 da instrução);
- b) foram observadas várias inconsistências entre os documentos e a análise efetuada, como, por exemplo, o fato de alguns dados utilizados no relatório não serem os mesmos que os constantes do demonstrativo financeiro, apesar de haver a indicação que foram dele extraídos (§ 61 e 62 da instrução);
- c) ausência de levantamento de todas as operações do Sistema BNDES com a Bertin 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 (§ 63 da instrução);
- d) algumas das informações utilizadas referem-se à empresa Bertin S/A e outras ao Grupo Bertin, sem haver o cuidado de segregá-las e ponderá-las corretamente (§ 64 da instrução);
- e) no quadro de usos e fontes, os itens de usos não se encontram devidamente especificados, como, por exemplo, não se encontravam apontadas as empresas que seriam efetivamente adquiridas no plano de expansão (§ 65 da instrução);
- f) com relação aos investimentos em bens de capital, os documentos integrantes da análise são contraditórios, como, por exemplo, o montante de recursos a ser utilizado (§ 67 da instrução);
- g) os objetivos da operação continuaram vagos e indefinidos, estando previstos tanto a aquisição de empresas e ativos, quanto a expansão e modernização de plantas, o atendimento de necessidades de capital de giro e, de forma ampla, melhoria da estrutura de capital da empresa, sem qualquer estimativa de valor para cada uma dessas opções, ou seja, o aporte de capital poderia ser utilizado em qualquer finalidade que a empresa decidisse posteriormente e em qualquer volume (§§ 68, 69 e 74 da instrução);

- h) a ausência da especificação detalhada dos usos a serem dados ao investimento (itens ‘e’, ‘f’ e ‘g’, retro) impediria, a princípio, que fosse realizada a avaliação do valor econômico da empresa pelo método do fluxo de caixa descontado, que depende em larga medida desses dados, como, por exemplo, do tipo e volume de investimentos a serem realizados e as respectivas rentabilidades;
- i) a ausência de tais dados impediria também a estimativa de geração de empregos, uma vez que se não se sabe o destino a ser dado aos recursos não é possível estimar o número de empregos que eles gerariam (§§ 70 a 73 da instrução); e
- j) diversas falhas observadas na análise do elevado endividamento da Bertin, que para apresentar índices aceitáveis necessitou ser analisada em conjunto com sua holding (§§ 81 a 92 da instrução).

441. Aos apontamentos acima, que constaram da instrução técnica, o Ministro Relator acrescentou, ainda, outra falha, qual seja, a ausência de evidenciação da forma como os investimentos a serem realizados produziram os efeitos preconizados na Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP, especialmente quanto ao aumento das exportações brasileiras, política essa que, segundo alega o BNDES, daria fundamento e autorização para a realização da operação sob análise.

442. O Ministro Relator também manifestou concordância com os indícios de irregularidades apontados pelo Diretor da unidade técnica em seu pronunciamento, conforme se observa nos parágrafos 44 e seguintes do Voto, transcritos em parte, abaixo:

44. (...) a partir dos dados disponíveis ao BNDES no início de 2008, era possível identificar que a exposição do BNDES à empresa Bertin já superava o permitido pelos regulamentos do banco mesmo antes da aprovação da operação de aporte de capital de que se cuida (§§ 4º a 15 do parecer).

45. Ademais, analisando detalhadamente os dados financeiros (de balanço) relativos aos exercícios de 2005 a 2007, disponíveis à época ao BNDES (§§ 16 a 42 do parecer), o Sr. Diretor apontou que [negritos do Relator]:

a) ‘Levando-se em consideração a análise dinâmica do capital de giro (...), que evidencia os riscos de liquidez e de estrutura financeira das empresas (...) **a Bertin encontrava-se em péssima condição financeira, a pior da escala**’ (§ 32 do parecer),

b) ‘**A empresa não conseguiria obter recursos nem de terceiros e nem de caixa gerado por sua atividade**, necessitando urgentemente de parceiro estratégico para investimento de elevada soma em equity.’ (§ 60 do parecer),

c) ‘a empresa precisava urgentemente melhorar seus indicadores financeiros, **tendo em vista a possibilidade concreta e imediata de insolvência**’ (§ 59 do parecer).

46. O sr. Diretor destacou, ainda, que essas conclusões foram confirmadas logo depois, uma vez que a Bertin terminou por registrar uma perda financeira líquida, na demonstração consolidada de resultados de 2008, no valor de aproximadamente R\$ 1,24 bilhão (§ 67 do parecer), a despeito do aporte de R\$ 2,5 bilhões realizado pela BNDESPAR durante o exercício.

47. Referindo-se ao valuation realizado pelo BNDES para a empresa Bertin (método do fluxo de caixa descontado), que ao final apresentou um valor econômico para a empresa de aproximadamente R\$ 6,65 bilhões, o Sr. Diretor aponta diversas falhas na análise realizada (§§ 44 a 57 do parecer), especialmente que:

a) ‘o BNDES deveria considerar uma perda de receita nos anos seguintes e não ganhos de receita’ (§ 48 do parecer);

b) que não era de se esperar um aumento do EBIT tão elevado como o utilizado, uma vez que a empresa precisaria desinvestir para fazer frente ao elevado endividamento (§ 53 do parecer), e

c) que ‘a avaliação realizada pelo BNDES acabou por superdimensionar consideravelmente o valor da empresa’ (§ 54 do parecer).

48. A conclusão do Sr. Diretor é a de que ‘há débito relevante a ser quantificado, pois os R\$ 2,5 bilhões do banco certamente equivaliam a uma fatia maior da Bertin S/A que 26,92%’. Em outras palavras, a conclusão é no sentido de que a BNDESPAR pagou um valor excessivo pelas ações adquiridas da empresa.

443. O Ministro Relator registra o indício de falha apontado pela unidade técnica, quanto à não realização de *due diligence*, conforme parágrafos 151 a 159 da instrução, em que se ressalta que, apesar de não haver, à época, previsão regulamentar que obrigasse a realização do referido procedimento (parágrafo 158 da instrução), as condições específicas da Bertin recomendavam fortemente a adoção de cuidados especiais, especialmente porque:

‘A Bertin era uma companhia fechada, que não tinha demonstrativos publicados, estava passando por uma profunda reorganização societária e, como o próprio relatório de análise apontou, tinha como pontos fracos: empresa ainda em fase de profissionalização da gestão; necessidade de melhorias das práticas de governança corporativa; necessidade de aperfeiçoamento do nível de transparência, no que diz respeito à divulgação de informações; deficiência nos controles internos; e existência de transações com partes relacionadas pré-existentes à entrada da BNDESPAR’ (parágrafo 156 da instrução).

444. Conforme registrado pela unidade técnica, a realização de procedimento de *due diligence* poderia ter detectado facilmente o elevado endividamento que a empresa possuía e as restrições (*covenants*) impostas pelos acordos com os credores, especialmente a necessidade de manutenção de índices mínimos de liquidez. Concluiu-se, também, que tanto a necessidade quanto a ausência do procedimento seriam facilmente detectadas pela diretoria quando da análise prévia à aprovação da operação (parágrafo 159 da instrução).

445. Assim, conclui o Ministro Relator quanto à Análise da operação:

52. Os elementos até aqui comentados contêm fortes indícios de que a análise realizada pelo BNDES sobre a operação de aporte de capital na Bertin S/A apresentou um grande número de falhas. Sob o enfoque da presente análise, é possível afirmar que essas falhas, e especialmente o efeito combinado das mesmas, resultaram em uma avaliação da Bertin não condizente com a realidade da empresa naquele momento, o que culminou em uma superestimativa do valor da empresa. Se a Bertin detinha um valor de mercado inferior àquele calculado pelo BNDES em seu valuation, **sou obrigado a concordar com a conclusão do Sr. Diretor, no sentido de que a recomendação de aprovação da operação nos termos em que realizada e a posterior aprovação da operação pela diretoria representaram dano imediato ao patrimônio do BNDES.** (destaque do Relator)

53. Importante destacar que essa avaliação no sentido de que foi pago um valor excessivo é mais provável que a avaliação alternativa, no sentido de que a operação não preenchia as condições para ser aprovada. As condições econômico-financeiras da empresa e a forma superficial e genérica como a operação foi analisada são indícios de que se tratava de uma operação de salvamento, e não de uma operação de aporte de capital em uma empresa sadia, pronta para crescer por meio de investimentos em aquisições e expansões e plantas existentes.

446. Apresentam-se a seguir as alegações relacionadas ao tema, com as respectivas análises.

3.3.1. A análise foi aprofundada e respeitou os normativos

447. Os responsáveis alegam que a análise realizada pela equipe técnica do Sistema BNDES foi detalhada, profunda e abrangente. Foram levados em consideração o histórico de desempenho econômico da empresa e do seu setor de atuação, bem como suas perspectivas econômicas. Com base no conhecimento setorial acumulado pelo Sistema BNDES e na sua expertise em operações de participação acionária, foram realizadas análises de sensibilidade, refletidas nas projeções financeiras constantes do Relatório de Análise, que é apenas um sumário de todo o processo de análise realizado.

448. Não seria razoável transcrever todo o processo de meses de análise em um relatório cujo objetivo era ser um documento executivo interno para subsidiar a tomada de decisão pela Diretoria. O Relatório de Análise não era um repositório de todos os dados, estudos e demais informações de base. Trata-se de um documento executivo, que contém os principais aspectos da operação e as informações necessárias para subsidiar o processo de tomada de decisão.

449. Asseveram que tal natureza do Relatório de Análise está definida de maneira clara na Resolução BNDES 1470/2007, que aprovou as Orientações Gerais Aplicáveis aos Modelos de Relatório de Análise (RAn) no âmbito dos produtos FINEM e Subscrição de Valores Mobiliários em Oferta Privada. Referida Resolução estipulou, em seu anexo, art. 1º, que ‘o Relatório de Análise é o documento que registra os aspectos considerados relevantes na análise da operação de colaboração financeira para consubstanciar a tomada de decisão pelo órgão competente’.

450. Aduz-se que o TCU não teve acesso - como não terá em qualquer momento futuro - aos materiais de suporte da equipe técnica do Sistema BNDES que não compuseram os documentos definitivos submetidos à aprovação, pois não estavam sujeitos a registro e a todo o processo usual de arquivamento para posterior e futura referência, portanto não foram conservados. Registram que o TCU promoveu auditoria acerca da atuação do BNDES no âmbito da Política de Desenvolvimento Produtivo nos autos do processo TC 013.940/2009-6 e que não seria razoável guardar todo o material de trabalho tendo em vista que não foram encontradas irregularidades pela Corte de Contas.

451. Alega-se que a afirmação de que o RAn baseou-se em informações fornecidas pela Bertin não se mostra aderente à realidade, pois a equipe técnica fez uma série de análises a partir de um conjunto de dados que não foi fornecido pela Bertin. Apresenta-se trecho do Relatório de Análise do Aporte (peça 424, p. 70):

(...) para o volume dos segmentos **Alimentos e Couros**, foram considerados:

- a) A capacidade de utilização das unidades produtivas (94,2% - média dos últimos 2 anos).
- b) 293 dias de abate por ano (número apresentado pela empresa no último ano).
- c) Incrementos de capacidade produtiva através da expansão de algumas unidades existentes contemplados no CAPEX informado pela Empresa.
- d) Em relação às novas plantas, o total de sua capacidade só será atingido ao longo de 4 anos, de maneira gradual.

Cabe ressaltar, que os valores informados pela Empresa para tais premissas são superiores aos utilizados pela Equipe de Análise. A Companhia, em suas projeções, considera 99% de utilização de capacidade e 294 dias de abate/ano. (Destaque da defesa).

452. Apresenta-se e-mail que menciona um ‘novo encontro para discutirmos as premissas utilizadas nas projeções’, o que seria evidência de que não houve aquiescência em relação ao material encaminhado pelo agente privado (peça 424, p. 202).

453. As defesas afirmam que as premissas adotadas pela equipe técnica foram de tal modo conservadoras que foram superadas pela realidade, pois no ano de 2008, primeiro ano da projeção, o faturamento realizado pela empresa foi 6,5% superior ao projetado pela equipe da BNDESPAR, evidenciando o conservadorismo adotado pela equipe nas premissas do modelo.

454. Os responsáveis advogados afirmam que não se apresentou qualquer erro a respeito da auditoria jurídica realizada pelos advogados do BNDES, tendo a instrução assumido uma premissa genérica de que ela poderia indicar problemas de natureza exclusivamente econômica (alheios ao âmbito jurídico). Aduzem que a Gerência Jurídica realizou análise das informações prestadas pela Bertin, consoante exposto nas conclusões apontadas no capítulo de ‘Aspectos Jurídicos’ do Relatório de Análise e que seguiram estritamente os normativos internos do BNDES, no tocante ao

alcance e à metodologia da referida análise.

3.3.1.1. O limite de exposição não foi ultrapassado

455. Alegam as defesas que a Resolução BNDES 1.318/2006, indicada como supostamente desrespeitada, não era aplicável ao caso, pois o artigo 4º da norma expressamente dispõe que a regra sobre o ‘limite de risco de exposição de crédito’ não se aplica às operações em investimento na forma de *equity*, como era o caso da operação de subscrição de ações da Bertin.

456. Aduz-se que a citada Resolução 1.318/2006-BNDES teve como fundamento a Resolução 2.844, de 29/6/2001, do Conselho Monetário Nacional – CMN, que disporia que ‘a fiscalização do BACEN não considera participação acionária no cômputo dos ativos de risco próprio’. No mesmo sentido, cita-se a Consulta Interna – CI nº 06, de 28/6/2006 anexada à citada IP AC/DERISC nº 03/06. (Peça 495, p. 79)

457. Outro ponto salientado, sobre o objeto da Resolução 1.318/2006-BNDES, é o fato de os limites máximos de exposição atribuíveis às empresas e grupos econômicos não financeiros demandantes por crédito estarem fundamentados nas garantias fidejussórias recebidas pelo BNDES. Os artigos 1º e 2º dessa Resolução explicitariam a ótica do garantidor aplicada pelo BNDES no cálculo desses limites, em consonância com o cumprimento do limite estabelecido na Resolução 2844/2011 do Conselho Monetário Nacional–CMN, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 3º da Resolução 1.318/2006-BNDES.

458. A necessidade de observância dos limites de exposição de risco também para as operações de participação societária somente ocorreu com a previsão de que o conceito de exposição corrente abrangeria também valores mobiliários ‘não representativos de dívida’, por meio da Resolução BNDES 2.372/2012, de dezembro de 2012 (i.e., mais de cinco anos após a elaboração do Relatório de Análise).

459. Anotam que, como no financiamento via dívida o investidor torna-se credor da empresa, exige-se a apresentação de garantias de forma a reduzir o risco de inadimplemento. Por outro lado, no financiamento via participação acionária, como o investidor adquire a propriedade de ações/quotas da sociedade, não se exige garantia, uma vez que este assume a posição de ‘dono do negócio’, participando dos lucros e das decisões (a depender da natureza das ações negociadas – com ou sem direito a voto).

460. Ao subscrever ações, como ocorreu na operação com a empresa Bertin S.A., a BNDESPAR subscreve valores mobiliários não representativos de dívidas. Nesse sentido, as operações de participação acionária da BNDESPAR conduzidas sob a égide da supracitada Resolução nunca foram e nunca poderiam ser submetidas a limites de crédito.

461. Outra argumentação é no sentido de que, nos termos da Resolução BNDES 1.417/2007, a operação se enquadrava como ‘subscrição de valores mobiliários’, sujeitando-se, assim, aos limites fixados na aludida Resolução – de até 1/3 (um terço) do capital total da empresa investida –, e não àqueles estipulados na Resolução 1.318/2006-BNDES, ‘que cuida exclusivamente das operações de financiamento, de crédito, de mútuo’. (Peça 1.338, p. 143)

462. Também se alega que seria equivocado se falar em limite de crédito do ‘Grupo Bertin’, pois a BNDESPAR não subscreveu ações do ‘Grupo Bertin’, mas sim de uma nova empresa (a Bertin S.A.) dotada de uma estrutura de ativos e passivos que, com o aporte de capital da BNDESPAR, demonstrava ser capaz de cumprir com todos os objetivos que dela eram esperados.

463. De acordo com a norma de fluxo operacional do Sistema BNDES vigente à época (positivado por meio da Resolução BNDES 1.358/2006), a competência primária para apontar se a operação estava dentro do limite de risco pertencia ao Comitê de Enquadramento e Crédito (CEC),

por ocasião do enquadramento da operação, e não às equipes de análise da operação.

464. Aduz-se que a descrição do *rating* no RAn da Bertin (A-) teve caráter apenas informativo, com o intuito de fornecer à Diretoria o máximo de informações disponíveis. Além disso, conforme teria reconhecido a equipe técnica do Tribunal, a classificação de risco do Grupo Bertin estava dentro do prazo de validade, não havendo, nesse aspecto, qualquer irregularidade ou imprudência na utilização dessa classificação. E mesmo o *rating* atribuído posteriormente (BBB+ - um subnível abaixo) qualificaria a companhia e seu grupo econômico como grau de investimento (*'investment grade'*), o que indicava boa situação econômico-financeira e baixo risco.

465. Acrescenta-se, quanto à utilização de *rating* do grupo econômico (em contraposição ao *rating* da empresa objeto do investimento), que tal prática é regular e está em conformidade com o procedimento padrão do Sistema BNDES, que estabelece que a pessoa jurídica controladora do grupo econômico consubstancia o risco de crédito das empresas integrantes do grupo econômico. Tanto que a própria equipe de auditoria do TCU reconheceria que essa prática se verifica em outras operações. (Peça 495, p. 66)

466. Os responsáveis integrantes do corpo jurídico da entidade asseveram, ainda, que o exame quanto aos limites de exposição de risco da operação não estava no âmbito da análise jurídica no Relatório de Análise.

3.3.1.2. Houve análise criteriosa da destinação dos recursos

467. Aduzem os responsáveis que o objetivo da operação de investimento da BNDESPAR, nos termos do Relatório de Análise, consistia em:

Apoiar o Plano de Negócios da Bertin S/A, baseado no crescimento a partir da consolidação e internacionalização de suas operações, através da aquisição de empresas, realização de investimentos em modernização e ampliação de capacidade, implantação de novas unidades industriais, fortalecimento do capital de giro e melhoria da estrutura de capital.

468. Além da previsão acima, a finalidade do investimento também constou na Cláusula 2.1 do Contrato de Promessa de Subscrição de Ações nº 08.6.0046.114, nos termos da aprovação da Diretoria da BNDESPAR na Decisão Dir 046/2008-BNDESPAR:

2.1 Os recursos provenientes dos aumentos de capital referidos no item 1.1 da Cláusula Primeira destinam-se, exclusivamente, à execução dos Planos de Negócios a serem apresentados anualmente pela COMPANHIA e analisados pela BNDESPAR, que consistem na modernização de plantas, expansão de capacidade, capital de giro, aquisições e na melhoria da estrutura de capital da COMPANHIA em atividades industriais e comerciais relacionadas à cadeia de proteína animal.

469. A cláusula 3.1.1 do referido contrato ainda estabeleceu que os recursos da BNDESPAR apenas seriam liberados à Companhia mediante a devida comprovação do cumprimento do Plano de Negócios. Desse modo, estabeleceu-se contratualmente um mecanismo de comprovação de regularidade dos usos dos valores aportados, em conformidade com a estrutura de operação aprovada pela Diretoria.

470. Alega-se que, diferentemente do BNDES (que apoia projetos claramente especificados por meio de operações de crédito voltadas exclusivamente à finalidade proposta), a BNDESPAR está autorizada a apoiar empreendimentos e empresas. Ao apoiar uma empresa, tornando-se sócia, compartilha seus resultados e passa a ser responsável, assim como qualquer acionista, pelos resultados auferidos pela coletividade.

471. Aduz-se que as Orientações Básicas das Políticas Operacionais então vigentes, que eram disciplinadas pela Resolução 1.417/2007-BNDES, estabeleciam de maneira expressa que as operações envolvendo mecanismos de mercado de capitais (tais como subscrição de ações) poderiam ter como finalidade a reestruturação empresarial (no que se incluiria a melhoria da

estrutura de capital e o apoio a capital de giro):

1.5. EMPREENDIMENTOS APOIÁVEIS

[...]

Reestruturação setorial/empresarial (sempre por meio de mecanismos de mercado de capitais)

472. Menciona-se, ainda, que a Política de Atuação em Renda Variável do Sistema BNDES, incluída nas Políticas Operacionais do BNDES pela Resolução DIR 2.272/2012-BNDES, em atendimento à recomendação do TCU estabelecida no Acórdão 2.618/2011-TCU-Plenário, foi o primeiro normativo a consolidar as práticas do Sistema BNDES voltadas a operações de renda variável e passou a prever expressamente que os investimentos em empresas podem ter por finalidade o apoio a planos de negócios, consagrando prática anterior.

473. Inobstante o fato de o quadro de ‘usos e fontes’ detalhado não ser perfeitamente aplicável em operações de subscrição de valores mobiliários, a equipe técnica da BNDESPAR cuidou de elaborar um quadro da espécie, conforme consta no Relatório de Análise, como indicativo da magnitude dos valores que seriam destinados às aquisições, bem como os que seriam utilizados para quitar dívidas e para fortalecer a sua estrutura de capital, lançando as informações que, a seu juízo, eram relevantes. As informações ali contidas seriam bastantes para a clara compreensão da operação sob análise da BNDESPAR.

3.3.1.3. Houve a devida demonstração de benefícios econômicos e sociais, inclusive a geração de empregos

474. As defesas argumentam que, em todos os pedidos de apoio financeiro encaminhados ao Sistema BNDES, as informações quanto ao potencial de geração de empregos do plano de negócios ou projeto apoiado são fornecidas pela solicitante e analisadas pelas equipes técnicas do Banco, conforme previsão do item 2.4 do modelo de Relatório de Análise previsto no Anexo II à Resolução 1.470/2007-BNDES, vigente à época, o que foi devidamente observado pelo Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008.

475. A inexistência de previsão, no referido modelo, de inserção de comentários, críticas ou justificativas a respeito da informação do potencial de geração de empregos prestada pela empresa, não significa que não haja análise criteriosa dos números apresentados pelo corpo técnico responsável pela operação. A análise leva em conta o histórico de geração de empregos de projetos semelhantes, bem como informações disponíveis em estudos sobre o tema.

476. Afirma-se que os números apresentados pela Bertin eram plenamente compatíveis com as informações disponíveis à época e, em razão disso, foram inseridos no Relatório de Análise da Operação. O Plano de Negócios previa investimentos diversificados, com implantação de unidades e ampliação e modernização de unidades existentes. A expectativa apresentada era de geração de 10 mil empregos diretos e 25 mil indiretos, até 2009, considerando o investimento de R\$ 1,05 bilhão em Capex, segundo consta no Relatório de Análise.

477. A coerência dos números teria sido corroborada por estudo técnico de 2004, denominado ‘Novas Estimativas do Modelo de Geração de Empregos do BNDES’. Conforme as métricas do citado estudo, o investimento de R\$ 1,05 bilhão em Capex acarretava uma expectativa de geração de até 13.020 empregos diretos. Outro estudo considerado foi o ‘Produtividade e Emprego Potencial no Brasil: As Prioridades Estratégicas da Política Pública’, de André Nassif e outros autores. Apresenta-se, também, correlação com a capacidade diária de abate (peça 495, p. 63).

478. Relativamente às exportações, afirma-se que consta no Relatório, como benefício econômico da operação, o possível aumento das exportações brasileiras e, nesse sentido, diversas

seções trataram extensivamente sobre o tema – a saber, ‘3.1. Aspectos Gerais, Desempenho e Perspectivas de Mercado’, ‘3.2. Estrutura da Indústria e Padrão de Concorrência’ e ‘3.3. Impactos do Projeto na Postulante e no Mercado’ –, com estudos de mercado sobre exportações de carne, de couro, de aves e suínos e com opiniões conclusivas sobre os diferenciais competitivos da empresa em face do potencial aumento de exportações. (Peça 435, p. 22)

479. Argumentam os responsáveis que, por mais de quinze anos, por uma série de questões sanitárias e comerciais, os EUA deixaram de importar carne *in natura* de origem brasileira. No entanto, diante de todo o processo de formalização do setor decorrente dos investimentos realizados pela BNDESPAR, os EUA retomaram as importações de carne do Brasil a partir de junho de 2015.

480. Afirma-se que, entre os anos de 2003 e 2014, o valor exportado de carnes pelo Brasil mais do que quadruplicou, crescendo a uma taxa composta de crescimento anual de 13,8%. Até hoje poderia ser percebido o acerto das ações tomadas pelo BNDES no setor, com a expansão da atuação de *players* nacionais em mercados até então inatingidos, como o Sudeste Asiático.

481. Aduz-se que as exportações brasileiras vinham crescendo consistentemente desde 2003, tendo inclusive atingido a meta definida pela PDP com dois anos de antecedência, em 2008. Por conta da crise, em 2009 houve uma acentuada queda nas exportações de carne. Já em 2010, todavia, estas voltaram a crescer (Peça 424, p. 77-79)

482. Sob a ótica de efeito renda, o valor pago aos produtores de gado também teria apresentado relevante aumento nos últimos anos, passando de R\$ 54,04/arroba em janeiro de 2007 para R\$ 149,07/arroba em abril de 2015. Este aumento de renda permite a formalização dos produtores, aplicação de tecnologia na criação dos bovinos e a consequente melhoria do rendimento e da qualidade da carne produzida. Além disso, a evolução do preço pago ao produtor teria sido sensivelmente maior do que a variação de preços do complexo carne.

483. Outro ponto relevante, alegam as defesas, foi o estabelecimento no item 2.8.2 do Relatório de Análise de um conjunto de obrigações socioambientais como condição para que a Bertin pudesse acessar os recursos do Sistema BNDES.

484. A atuação do BNDES em linha com as políticas industriais em vigor já representaria a execução de estratégias prioritárias de governo e, portanto, com aferição prévia dos benefícios sociais, econômicos e/ou estratégicos que tais políticas podem gerar para o País.

485. Afirma-se, ainda, que, de acordo com a Resolução BNDES 1.358/2006, vigente à época, a análise a respeito dos benefícios socioeconômicos da operação caberia ao Comitê de Enquadramento e Crédito (CEC), no momento de enquadramento da operação, o que foi devidamente realizado, com resultados positivos, e reproduzido no Relatório de Análise.

486. Aduz-se que, para a perspectiva da área jurídica, a tabela prevista no item Sumário Executivo e os comentários previstos no item 2.6 do Relatório de Análise foram preenchidos em conformidade com o modelo do documento (a própria Instrução da Representação, no item 71, reconhece que a informação colocada no documento representava o ‘*cumprimento da norma*’ interna do BNDES). (peça 471, p. 65)

487. Acrescentam, por fim, que a decisão econômica sobre a operação de capitalização ainda previa, como estratégia de crescimento da empresa, a abertura de capital da Bertin no Novo Mercado da então BOVESPA (Bolsa de Valores de São Paulo) estando alinhada com o objetivo social da BNDESPAR, previsto no inciso IV do artigo 3º do seu Estatuto Social, e atraindo também um relevante balizador de governança, amplamente reconhecido no mercado.

3.3.1.4. Foi realizada adequada análise da situação financeira da Bertin S.A.

488. Os defendentes asseveram que a Bertin S.A. não era empresa excessivamente

endividada, como afirma o Tribunal. Seus índices de endividamento eram compatíveis com os de outras empresas do setor de proteína animal.

489. Questiona-se, também, a utilização do Modelo de Fleuriet para avaliar a situação financeira da companhia, sem considerar o contexto e a estratégia empresarial subjacente, pela qual seria esperada a necessidade do aporte de capital para implementar seu plano de negócios. (Peça 495, p. 69-70)

490. Aduzem ser possível verificar no Relatório de Análise que a Bertin S.A. possuía a maior margem líquida do setor (lucro líquido sobre a receita líquida), equivalente a 5,6%, reflexo de seu variado portfólio de produtos com maior valor agregado e sua eficiência operacional, o que seria mais uma evidência da saúde financeira da companhia, uma vez que o lucro líquido já considera as despesas financeiras (isto é, já leva em conta o impacto do endividamento no resultado da pessoa jurídica).

491. Por meio da concessão de créditos, o Sistema BNDES já vinha acompanhando e apoiando o plano de expansão do Grupo Bertin há anos. Seus técnicos tinham pleno conhecimento dos números e da condição econômico-financeira da Bertin S.A. e do grupo econômico e compartilhavam uma visão favorável do potencial de crescimento da empresa.

492. Asseveram as defesas que o Relatório de Análise do Aporte apresentou um quadro com os principais indicadores econômico-financeiros da empresa para o período compreendido entre os anos de 2005 e 2007. Por meio desse quadro é possível observar a considerável evolução no desempenho operacional da empresa, com o faturamento saltando mais de 77%, passando de R\$ 2,9 bilhões para R\$ 5,2 bilhões.

493. Além disso, a sua geração de caixa operacional (medida pelo seu lucro antes dos juros, impostos, depreciação e amortização - EBITDA) teria apresentado uma elevação ainda mais consistente, passando de R\$ 276,8 milhões para R\$ 716,2 milhões, um crescimento superior a 158% no período. A dívida líquida no período também foi ampliada (o que é normal para empresas em elevado crescimento, atingindo novos patamares de faturamento), mas em ritmo inferior à geração de caixa operacional, tanto que entre 2005 e 2007 a relação Dívida Líquida/EBITDA teve queda de quase 20%, passando de 5,9 em 2005 para 4,7 em 2007.

494. Os responsáveis observam que, no processo de constituição da Bertin S.A., determinou-se que uma parte significativa da dívida daquela companhia seria garantida pela Bracol Ltda. e pela Heber Participações S.A., seus controladores diretos e indiretos. Assim, o risco de insolvência da Bertin S.A. seria significativamente menor do que sugeria a análise das suas informações financeiras. (Peça 435, p. 27)

495. A relação Dívida Líquida/EBITDA apresentada pela empresa estaria em linha com operações semelhantes, não representando risco excessivo, a ponto de impedir a captação de recursos por instrumentos de renda variável, seja por meio de apoio da BNDESPAR ou por operação junto a outros investidores, uma vez que naquele período ocorreram ofertas públicas iniciais de ações (IPO's) de empresas com maior grau de alavancagem financeira, se comparadas com a da Bertin. Apresenta-se tabela com alguns exemplos nesse sentido, destacando a situação da Minerva S.A., concorrente da Bertin S.A., com indicador Dívida Líquida/EBITDA de 6,08 (superior ao da Bertin), e que foi bem sucedida em seu processo de IPO. (Peça 424, p. 92)

Nome	EBITDA 2007	Dívida	Disponibilidades	DÍVIDA/ EBITDA	Volume do IPO
MINERVA S.A.	80,38	536,58	48,11	6,08	444.000.000,00
BR MALLS PARTICIPAÇÕES S.A.	105,66	835,25	17,05	7,74	664.450.000,00
AGRA INCORP	5,74	300,62	23,37	48,32	786.037.500,00
TPI - TRIUNFO PARTICIPAÇÕES	50,18	392,19	39,16	7,04	513.000.000,00
GENERAL SHOPPING E OUTLETS D	11,48	124,67	7,61	10,2	286.728.400,00
BRASIL BROKERS PARTICIPAÇÕES	-9,26	1,05	92,22	9,85	699.105.000,00

496. Aduz-se que, corroborando as análises conduzidas pela BNDESPAR, o anúncio feito pela agência de avaliação de risco Moody's destacou que não havia qualquer alteração na percepção de risco resultante dos planos de reorganização societária da Bertin, reafirmando sua classificação de risco de crédito em Ba3, conforme a seguir:

Moody's debt ratings and outlooks of Bertin Ltda. – Ba3 global local currency corporate family rating and Ba3 senior unsecured rating with stable rating outlooks – are not affected by the company's recently announced corporate reorganization. The reorganization's objective is to streamline and rationalize the company's activities in its core beef processing, hygiene and cleaning, and leather businesses.

497. O fato de não ter havido qualquer alteração na percepção de risco da Bertin por parte da Moody's reforçaria que não havia qualquer indício na deterioração de crédito na companhia. Afirma-se que a nota foi colocada em revisão apenas em 3/3/2009, seis meses após a eclosão da crise de 2008, somente sendo rebaixada para B1 em 8/5/2009 (peça 435, p. 92/93).

498. Alega-se que, caso a Bertin possuísse o elevado endividamento que indicasse situação pré-falimentar conforme mencionado pelo Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, tal circunstância teria sido motivo de explícitos alertas por parte da auditoria externa responsável pela verificação das demonstrações financeiras da empresa, a BDO Trevisan, cujo trabalho é regulamentado pela CVM, em especial pela Instrução CVM 308.

499. As dificuldades financeiras da Bertin S.A. teriam origem na crise do *subprime*, iniciada nos Estados Unidos e que afetou o mercado global. Esse fato teria sido menosprezado na análise feita no TCU, o que corroboraria a inadequação da avaliação de resultado pretendida na espécie, haja vista sua evidente incapacidade de consideração de todas as variáveis e circunstâncias aplicáveis.

500. A deterioração do crédito na companhia teria ocorrido por conta da mudança de cenário no setor de proteínas pós-crise econômica, em que os volumes e preços da carne bovina diminuíram substancialmente, impactando no faturamento da companhia – cujo foco era a exportação. Menciona-se trecho de texto contido na página da Moody's colocando esse fato como um dos motivos para a revisão do *rating* da Bertin. (Peça 424, p. 94)

501. Apresenta-se, também, trecho do Relatório da Comissão de Apuração Interna (CAI) do BNDES (fl. 12 do Relatório VI) em que se menciona o inadimplemento de clientes importantes da Bertin na Rússia, Egito, e Leste Europeu, agravando ainda mais o fluxo de caixa da empresa.

502. Em relação ao destaque feito pelo TCU de que 'não há nenhuma menção, nos documentos que analisaram a operação, da existência na carteira da Bertin S/A de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA', alega-se que o estabelecimento de *covenants* de endividamento é prática usual no mercado financeiro nacional e internacional e é adotado, inclusive, em contratos de financiamento celebrados pelo BNDES. Assim, não haveria qualquer razão para que o Tribunal entenda que eles deveriam ser necessariamente destacados.

503. Afirma-se que empresas exportadoras (como era a Bertin) possuem um *hedge* natural para endividamento em moeda estrangeira, dado que parte de sua receita vem do exterior. Assim, é

usual que elas possuam financiamentos em dólar, não havendo razão para que a equipe de análise econômico-financeira da AMC destacasse esse endividamento, como criticado pelo TCU.

504. Afirma-se, ainda, que a fotografia da estrutura de capital da empresa antes da operação de capitalização, conquanto importante, não se constitui no fator que isoladamente define a viabilidade econômica de um investimento. A equipe técnica do TCU teria restringido sua análise a apenas o passivo exigível, deixando de considerar a estrutura de ativos e, em especial, a capacidade operacional da empresa e uma visão prospectiva, a qual evidenciaria a perspectiva de solvência e rentabilidade futura do investimento. Foi com base nesse conceito que as equipes técnicas do Sistema BNDES, que acompanhavam o desenvolvimento da empresa havia muitos anos, bem como os gestores da JBS, identificaram a capacidade operacional da empresa para honrar seus compromissos financeiros e gerar retorno ao investimento.

3.3.1.5. A avaliação econômica da Bertin S.A. foi adequada

505. As defesas refutam os dois pontos que, segundo o Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário, levaram a uma superestimativa do valor da Bertin S.A.: (i) deveria ter sido prevista uma perda, e não ganho, de receita da Bertin S.A. nos anos seguintes aos do aporte de capital; e (ii) a previsão de um aumento exagerado do EBIT da Bertin S.A. Atacam, também, a conclusão sobre o endividamento excessivo, ponto tratado em item específico desta instrução.

506. Alega-se que o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário confunde ‘de maneira crassa’ os números da Bertin Ltda. - posteriormente Bracol - com os da recém-criada Bertin S.A. e que todo o trabalho de análise desenvolvido se deu sobre essa nova empresa, a Bertin S/A. Ainda, tal como mencionado pela Nota AJ/JUCAD nº 007/2018, a análise do TCU diria respeito, única e exclusivamente, à *holding*, sem levar em consideração a geração e os fluxos de caixa oriundos de outras empresas controladas.

507. Ressalta-se que a reorganização societária pela qual o Grupo Bertin passou previamente à operação de investimento teve por finalidade segregar as atividades que seriam objeto de investimento por parte da BNDESPAR, concentrando essas atividades na recém-criada Bertin S.A., funcionando como um instrumento do projeto que visava à internacionalização, expansão, profissionalização e abertura do Grupo Bertin no âmbito do mercado de capitais.

508. Tendo em vista que a nova empresa foi criada em julho de 2007, a análise considerou os números e informações consolidados a partir de 27 de julho de 2007 e demonstrativos financeiros pró-forma relativos aos anos de 2005 e 2006, realizados pela BDO Trevisan.

509. Não obstante a orientação técnica OCPC 06 - Apresentação de Informações Financeiras Pró-Forma ter sido aprovada pela CVM apenas em 2013, a prática de elaboração de demonstrações financeiras pró-forma para fins de prospectos (documentos de oferta) já seria corrente no Brasil muito antes disso, seguindo as práticas adotadas em outros países na Europa e nos Estados Unidos. Menciona-se literatura do ano de 2001 sobre o tema, bem como trecho de orientações da Securities and Exchange Commission (SEC). (Peça 424, p. 118-120)

510. Aduz-se que, de janeiro a maio de 2013, portanto, anteriormente à vigência da Orientação Técnica OCPC 06, dezoito companhias abertas divulgaram informações financeiras pró-forma em seus prospectos. Ademais, tais informações, mesmo antes da vigência das normas atuais, já eram objeto de asseguuração razoável por auditor independente registrado na CVM, em conformidade com as normas emitidas pelo Conselho Federal de Contabilidade (atualmente NBC TO 3420 e Comunicado Técnico IBRACON 1/2016 e, anteriormente, Norma e Procedimentos de Asseguuração NPO 01). (Peça 424, p. 121)

511. Menciona-se, ainda, a Instrução CVM 565/2015, que determina que as sociedades envolvidas em operações de reorganização devem elaborar informações financeiras pró-forma das

sociedades que subsistirem ou que resultarem da operação, como se estas já existissem, referentes à data das demonstrações financeiras.

512. Refuta-se a utilização, pela auditoria do TCU, de parte do demonstrativo do período de julho a dezembro de 2007 para a construção de um valor anualizado, desconsiderando a existência de sazonalidade anual.

513. Afirma-se que, entre 2005 e 2007, a relação Dívida Líquida/EBITDA apresentava uma trajetória de queda, passando de 5,9 para 4,7, enquanto a geração de caixa operacional - medida pelo lucro da empresa antes dos juros, impostos, depreciação e amortização - EBITDA - cresceu de maneira consistente no mesmo período, passando de R\$ 276,8 milhões para R\$ 716,2 milhões, o que representou um crescimento superior a 158%. No mesmo período, o faturamento passou de R\$ 2,9 bilhões para R\$ 5,2 bilhões. Assim, as projeções para o EBIT teriam sido conservadoras, não exageradas.

514. Reafirmam que a relação Dívida Líquida/EBITDA apresentada no período pela Bertin S.A. estava condizente com o de outras empresas do setor no mesmo período e que a empresa possuía a maior margem líquida entre as empresas do setor (lucro líquido sobre receita líquida), de 5,6%, reflexo de sua eficiência operacional e de seu variado portfólio de produtos com maior valor agregado. Essa seria mais uma evidência da saúde financeira da empresa, dado que o lucro líquido já considera as despesas financeiras, ou seja, já leva em conta o impacto do endividamento no resultado da empresa.

515. Aduz-se que as perspectivas da nova empresa eram altamente promissoras, uma vez que havia um processo de profissionalização e fortalecimento da governança da Bertin S.A., que, além disso, encontrava-se diante de oportunidades inegáveis de expansão de suas atividades no exterior. O cenário internacional era extremamente favorável, assim como o desempenho da economia brasileira, que foi alçada à posição de *investment grade* menos de um mês após a aprovação do aporte da BNDESPAR.

516. O Relatório de Análise mostraria que a Bertin S.A. previa investimentos em ampliação de sua capacidade de produção da ordem de R\$ 1 bilhão para os anos de 2008 a 2012, sendo que a maior parte desses investimentos (R\$ 758 milhões) deveria ser realizada já em 2008, primeiro ano da projeção. Logo, não haveria qualquer evidência à época que fundamentasse uma premissa de redução de receita ou de margem EBITDA. A não confirmação das projeções teria se dado em função do advento da crise mundial de crédito no final de 2008 e início de 2009.

Análise das alegações

517. Assim como registrado para o Enquadramento, cabe esclarecer que o questionamento sobre o fato de o RAn ter sido elaborado em sua maior parte com informações prestadas pela postulante dos recursos é uma evidência adicional de que não houve análise suficiente dos aspectos da operação. Não haveria maiores problemas em que grande parte do documento fosse copiado de informações fornecidas pela Bertin e outras fontes, se também constasse efetiva análise dos dados, com todos os elementos requeridos, bem como uma adequada ponderação acerca da operação. Não foi, porém, o que aconteceu, como se demonstrará.

518. De início, cabe registrar que a operação fugiu completamente ao fluxo normal das operações no âmbito do sistema BNDES. De regra, após aprovado o Enquadramento da operação, a partir da apresentação de consulta prévia e da correspondente instrução de enquadramento, a pleiteante apresentaria o projeto, o qual seria objeto de exame pelas áreas técnicas, formalizado por meio do Relatório de Análise (RAn). Este, por fim, seria submetido à apreciação da Diretoria, com proposta de aprovação ou não da operação.

519. As normas preveem exceções a esse fluxo, como interações da área técnica com a empresa que pleiteia o apoio antes da apresentação do projeto, nos casos mais complexos, para

orientação. Afirma-se que também seria uma prática, nas operações de renda variável, esse tipo de articulação. Isso somente veio a ser normatizado anos depois, mas parece crível que era, de fato, uma prática.

520. O que aconteceu na operação tratada no presente processo, porém, fugiu até mesmo a essas exceções. É que mesmo que houvesse discussões com a pleiteante durante a elaboração do projeto, este deveria ser entregue formalmente, contemplando todos os aspectos da operação, e adequadamente analisado.

521. No caso presente, não houve apenas orientações, mas discussões e tratativas, as quais ocorreram desde o que deveria ser a fase de Enquadramento. De fato, o que se observa é que as fases de Enquadramento e Análise se confundiram, ou mesmo, se fundiram, como se verá em detalhes mais à frente. E o teor do pleito original, que constou de carta-consulta sem data (peça 96 do TC 034.935/2015-0), foi modificado na instrução de enquadramento, e novamente no Relatório de Análise, sem que houvesse sido formalizado o Projeto, requerido pelas normas. A análise foi feita, assim, a partir do conteúdo de e-mails e apresentações, que não foram devidamente formalizados.

522. Não se ignora que o RAn deve ser sintético, porém não se pode deixar de registrar no relatório os aspectos relevantes, como anotado pelas próprias defesas. Nesse sentido, o exame a seguir será feito a partir do modelo de Relatório de Análise aprovado pela Resolução BNDES 1.470/2007 (peça 278, p. 84), então vigente, verificando se o conteúdo de cada seção atendeu ao requerido pela norma, considerando os apontamentos realizados pelo Tribunal e as justificativas apresentadas. Mas não se pode perder de vista, também, a finalidade maior do RAn, que é subsidiar a decisão, levando ao órgão competente proposta de aprovação ou não da operação, devidamente fundamentada, conforme art. 24 da Res. 1.463/2007-BNDES.

523. O Resumo Executivo, primeira parte do modelo, reúne informações contidas com mais detalhes nas outras partes do relatório, razão pela qual não se fará análise específica sobre seu conteúdo.

524. O primeiro capítulo (**Capítulo 1. Grupo Econômico e/ou Postulante**) é basicamente informativo, cuidando de apresentar o grupo/empresa postulante, por meio das informações contidas nos itens: Caracterização; Controle Societário; Estratégia Corporativa; Governança, Gestão e Capitais Intangíveis; e Exposição / Relacionamento com o Sistema BNDES.

525. Um dos apontamentos relativos a essa seção, como também a outras, é que muitas das informações nela constantes foram extraídas de apresentações e documentos produzidos pela Bertin. Sobre essa questão, mostra-se aceitável o argumento dos responsáveis de que não haveria irregularidade em se utilizar de informações produzidas por outras fontes, desde que: i. seja informada a origem da informação; ii. seja checada (e devidamente informada) a veracidade/exatidão da informação, tanto mais quanto menos confiável for sua fonte; iii. trata-se de conteúdo nitidamente informativo.

526. Em outras palavras, o que não é admissível é que o leitor seja induzido a acreditar que a informação foi produzida pela equipe do BNDES (o que, em tese, aumentaria sua confiabilidade), ou que uma mera reprodução de informação seja apresentada como se fosse uma análise. No caso, não foram informadas as fontes de algumas das informações reproduzidas, nem se foram confirmadas pelos responsáveis pela Análise.

527. O apontamento mais relevante relacionado diretamente ao Capítulo 1 do RAn diz respeito ao item 1.6. (1.5 do modelo), que trata da Exposição/Relacionamento da Bertin com o Sistema BNDES. A instrução questionou as discrepâncias entre os valores apresentados no RAN e aqueles observados nos demonstrativos contábeis auditados e na Instrução de Enquadramento. O Diretor da unidade técnica acrescentou questionamento quanto à existência de extrapolação do

limite de exposição da Resolução 1.318/2006-BNDES, o que foi acatado pelo Ministro-Relator, constando do item 9.4.1.5 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

528. Com efeito, como alegado pelos responsáveis, consta da Consulta Interna – CI nº 06, de 28/6/2006, anexada à citada IP AC/DERISC 03/06, mencionada pelas defesas, a afirmação de que ‘a fiscalização do BACEN não considera participação acionária no cômputo dos ativos de risco próprio’. Importante registrar que essa Instrução Padronizada (IP) foi fruto de um grupo de trabalho do BNDES cujo produto foi a proposta de revisão e consolidação de várias normas sobre limites de exposição, o que foi aprovado e formalizado por meio da Res. 1.318/2006-BNDES.

529. Transcreve-se trecho da mencionada IP, bastante elucidativo acerca dos fatos aqui discutidos (peça 495, p. 298):

3. Ativos de Risco Próprio: Conceito e Cálculo da Exposição

O conceito de ativos de risco próprio compreende o somatório dos seguintes valores:

- Saldo Devedor dos Financiamentos;
- Saldo Devedor de Debêntures, inclusive conversíveis, e outros valores mobiliários, exceto ações;
- Fianças e Avais.

Para o cálculo de exposição ao risco de crédito devem-se somar os itens que compõem o Ativo de Risco Próprio. Os saldos dos financiamentos, debêntures, inclusive conversíveis, outros valores mobiliários, **exceto ações**, fianças e avais são computados integralmente, conforme os dados contábeis. **Com relação ao valor das participações acionárias estabeleceu-se uma discussão com relação à interpretação da Resolução 2.844/2001 do CMN no que diz respeito ao tratamento das participações societárias.** Em consulta, anexa a esta IP, à AF/DEPCO obteve-se a indicação de que a fiscalização do BACEN não considera participação acionária no cômputo dos ativos de risco próprio que trata a Resolução nº 2.844/2001. O entendimento da AC e da AF é que a referida Resolução do CMN trata apenas do risco de crédito e, por isso, o termo Valores Mobiliários nesta Resolução se refere a debêntures, inclusive as conversíveis. (destaques acrescidos)

530. Essa IP, que submeteu a minuta da Res. 1.318/2006-BNDES, deixou clara a retirada das ações do cálculo dos limites de exposição. Isso aconteceu a partir da resposta do Departamento AF/DEPCO à consulta formulada pelo AC/DERISC, sobre a interpretação da Resolução 2844/2001, do Conselho Monetário Nacional, formalizada na já mencionada Consulta Interna – CI nº 06, de 28/6/2006, anexa à IP.

531. Consta da consulta que ‘Através de Parecer Informal exarado pela Supervisão Bancária do BACEN, esta desconsidera as participações acionárias para efeito da apuração do limite de exposição por cliente’, sendo solicitada opinião sobre fazer constar esse procedimento na nova Resolução. A resposta foi favorável, sob o entendimento de que ‘as participações societárias mantidas pela BNDESPAR não integram o cálculo do limite, uma vez que elas não se caracterizam nem como ‘títulos e valores mobiliários’ nem como ‘operações de crédito’. Essas participações são classificadas como ‘investimentos’ no ativo permanente. O risco a elas associado não é de crédito, mas sim de mercado’.

532. Há que se fazer uma ressalva à conclusão contida na consulta e adotada na IP, pois não está claro que essa seria a correta interpretação da Res. 2.844/2001-CMN. A dúvida surge a partir da leitura do art. 2º da Res. 3.615/2008, do CMN: ‘Art. 2º Para fins dos limites de que tratam os arts. 2º e 4º da Resolução nº 2.844, de 2001, o BNDES não deve computar suas participações societárias detidas nas entidades de que trata o art. 1º desta Resolução.’

533. Ora, se o CMN estabeleceu essa exceção para determinadas entidades, é porque a regra geral seria o oposto, ou seja, computar as participações. Há que se considerar, porém, que a Res. 3.615/2008-CMN é posterior à mencionada consulta, logo não poderia ser considerada pelo

AF/DEPCO.

534. O fato, independentemente das dúvidas sobre o posicionamento do Banco Central, é que essa foi a interpretação adotada, que culminou na redação da IP, a qual excluiu taxativamente as participações acionárias do cálculo dos Ativos de Risco Próprio. Embora a Res. 1.318/2006 não seja tão explícita quanto à exclusão, sua interpretação, apoiada pela IP que lhe deu suporte, é também nesse sentido.

535. Assim, para fins de verificação do limite de exposição dever-se-ia desconsiderar o valor das participações acionárias, uma vez que, a partir dos normativos então vigentes, tais valores não deveriam ser incluídos. Com efeito, somente a partir de 2012 introduziu-se a previsão de que o conceito de exposição corrente abrangeria também valores mobiliários ‘não representativos de dívida’, por meio da Resolução BNDES 2.372/2012.

536. Por outro lado, a Res. 1.470/2007-BNDES não dispensava a análise dos limites de exposição por se tratar de operação de participação acionária. A Resolução é explícita em afirmar que o modelo aprovado se aplicava ao produto ‘Subscrição de Valores Mobiliários em Oferta Privada’. Tanto é assim que o RAn elaborado apresentou o quadro com a exposição. O problema é que o RAn deveria não apenas informar a exposição do BNDES à Bertin, mas efetivamente analisá-la. E assim, ainda que os limites não considerassem participações acionárias, devia o RAn apontar para a extrapolação anterior dos limites de crédito.

537. De fato, é plenamente possível que, ainda que não tenha havido erro nas aprovações de operações anteriores, algum dos limites tenha sido, posteriormente, extrapolado. No caso, o limite ultrapassado foi o referente ao Patrimônio Líquido, componente do balanço que pode, naturalmente, sofrer variações de um exercício para outro.

538. Há que se registrar que são pertinentes as ponderações do Diretor da unidade técnica, no sentido de que a não verificação dos limites poderia permitir a exposição do BNDES a enormes riscos. A interpretação simplista dada pelos defendentes, de que participação acionária não se confunde com crédito esconde o fato de que se trata de apoio com risco ainda maior, como apontado pelo Diretor. Tanto é assim que os acionistas sempre esperam uma remuneração maior que a observada em empréstimos.

539. Acrescente-se, ainda, que os limites de exposição são fixados não apenas com base nos conceitos econômicos e legais, como bem destacou a própria IP AC/DERISC 03/06 (peça 1018, p. 3):

A presente IP objetiva revisar os parâmetros para a administração da carteira de Ativos de Risco Próprio do BNDES do ponto de vista do risco de crédito. **Os limites máximos de exposição visam controlar o grau de envolvimento financeiro do BNDES com os seus clientes, de modo a evitar a excessiva concentração na alocação dos recursos. São calculados com relação ao ativo e ao patrimônio líquido do beneficiário, por decisão interna do BNDES**, ao passo que com relação ao patrimônio de referência do BNDES, o limite de até 25% do patrimônio de referência da instituição por cliente, observa determinação expedida pelo Banco Central.

Existem ainda, atualmente, limites máximos de exposição com relação aos setores da economia e para determinados programas específicos. Estes não decorrem de exigência legal, mas de política de limite de exposição definida internamente.

540. Isso também constou do ‘Considerando’ da Res. 1.318/2006-BNDES, que deixa claro que a norma visa a três objetivos distintos: 1) visão de risco de crédito; 2) limitar o grau de envolvimento financeiro do Sistema BNDES com os seus clientes; 3) evitar a concentração na alocação dos recursos por porte de empresa/grupo econômico e por setor de atividades:

Considerando a necessidade de estabelecer parâmetros para orientar a administração dos ativos de risco próprio do Sistema BNDES, sob a visão de risco de crédito, **limitar o grau de**

envolvimento financeiro do Sistema BNDES com os seus clientes, bem como evitar a concentração na alocação dos recursos sob os vários enfoques por porte de empresa/grupo econômico e por setor de atividades (destaques acrescidos);

541. Assim, ainda que a operação não se enquadrasse no conceito de risco de crédito e que seu valor (como de participação anterior, se houvesse) não entrasse no cálculo dos limites, deveria ser analisada a exposição à empresa/grupo e apontada eventual extrapolação. No caso, havia extrapolação e ela não foi informada, muito menos justificada, nem no RAn, nem na Ata de Reunião da Diretoria.

542. Com relação à alegação de que a competência primária para verificação de eventual extrapolação do limite de risco era do CEC, isso não afasta a responsabilidade dos autores das análises posteriores, devendo ser rejeitado o argumento.

543. Conclui-se, assim, que houve falha na elaboração do Capítulo 1 do RAn, ao não se analisar o limite de exposição do sistema BNDES ao grupo Bertin e ao não se evidenciar a extrapolação a esse limite.

544. O **Capítulo 2 – Operação** é um dos principais e reuniu grande número de questionamentos do Tribunal. Nesse capítulo deve ser explanado o objetivo do projeto/operação, sua descrição, os recursos envolvidos e os impactos/benefícios esperados, além de tratar as recomendações do Enquadramento.

545. Os apontamentos do Tribunal, especificamente em relação a esse capítulo do RAn, são semelhantes no Despacho do Relator à peça 207 do TC 034.935/2015-0 e no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, item 9.4.1.1. São eles: utilização, principalmente, de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos; ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos; e sem demonstração dos benefícios em termos de geração de empregos.

546. Conforme já colocado nesta instrução, desde que constem no RAn todos os elementos requeridos, bem como uma adequada ponderação acerca da operação, não haverá maiores problemas em que grande parte dele seja copiada de informações fornecidas pela Bertin. Assim, essa imputação está conjugada com a insuficiência de análise, devendo-se analisar primeiramente esta, para que se possa concluir sobre a primeira.

547. Diversos responsáveis alegam que a operação estava alinhada à Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), como se isso fosse fundamento suficiente para justificar o mérito da operação, dispensando maiores detalhamentos sobre seus benefícios, os quais já estariam implícitos no próprio programa de governo. No item 3.1.4. desta instrução foram analisadas tais alegações, tendo ficado claro que um aparente alinhamento a essa ou qualquer outra política de governo não basta para aprovar uma operação. Seria necessário demonstrar, ao menos, o atendimento aos requisitos do programa e quais de suas metas seriam atingidas.

548. No caso de operação de aporte na Bertin sequer há menção, no RAn, à PDP ou qualquer outra política de governo, ou a qualquer Política Operacional ou direcionador estratégico do BNDES. Assim, sobressaía ainda mais a necessidade de demonstração dos benefícios esperados com a operação.

549. Os responsáveis alegam que o item 2.6 do RAn apresentou a expectativa de geração de cerca de 10.000 empregos diretos e 25.000 empregos indiretos até 2009, atendendo ao requerido no item 2.4 do modelo de Relatório. De fato, constam esses números no RAn, o que não foi ignorado pela equipe técnica do TCU. O questionamento feito foi de que, não havendo definição clara de onde os recursos seriam aplicados, sequer seria possível se ter alguma certeza sobre esses números. E o RAn apenas apresenta os números, fornecidos pela Bertin, sem qualquer indicação de que foram analisados.

550. Argumenta-se, agora, que os números estariam em conformidade com indicadores de geração de empregos em função do *capex* (investimentos). Observa-se, de início, que o estudo ‘Novas Estimativas do Modelo de Geração de Empregos do BNDES’ não faz correlação entre investimento e empregos, mas sim, entre **aumento da produção** e emprego (empregos gerados por aumento de produção de R\$ 10 milhões). Assim, para que fosse feita a correlação apresentada pelas defesas, teria de haver um aumento de R\$ 1,00 na produção para cada real investido, o que não foi demonstrado.

551. Além disso, utilizou-se o índice para ‘Indústrias Diversas’ (124), a fim de demonstrar que os números eram compatíveis, quando os índices mais específicos do setor, como ‘Abate de Animais’, ‘Outros Produtos Alimentícios’ e ‘Indústria de Laticínios’, apresentavam índices de 36, 82 e 29, respectivamente. Este último aplicava-se à Vigor, aquisição recente da Bertin, várias vezes mencionada no RAn, considerada como uma das aquisições custeadas pelos recursos aportados.

552. As mesmas considerações valem para o outro estudo mencionado, de André Nassif e outros. Isso reforça a necessidade, apontada no Relatório do Acórdão, de que fosse explicitado onde seriam feitos os investimentos. Acrescente-se que, além disso, para efeito da avaliação da geração de empregos, seria necessário especificar, também, a natureza de tais investimentos. É que a modernização de plantas, apenas para citar um exemplo, poderia gerar até redução de empregos, em vez de aumento. O aumento de produtividade não deixa de ser um benefício, mas seria fundamental se ponderar sobre a eventual existência de impactos positivos e negativos da ação. Tendo em conta que um dos objetivos declarados era tornar a empresa competitiva a nível mundial, esse seria um resultado bastante plausível.

553. Passa-se ao exame da questão referente à ausência de efetiva análise de onde os recursos seriam investidos. Resumidamente, alega-se que a BNDESPAR tornar-se-ia sócia da Bertin e, como tal, disponibilizaria seus recursos para as aplicações que fossem definidas no Plano de Negócios da Companhia, o qual poderia incluir a melhoria da estrutura de capital e o apoio a capital de giro. Tal plano seria ‘analisado’ e acompanhado pela BNDESPAR, sendo os recursos liberados à medida que se cumprisse o plano anterior. Assim, não haveria necessidade de exame detalhado da destinação dos recursos no momento da análise e aprovação da operação.

554. Em primeiro lugar, a alegação de que a melhoria da estrutura de capital e o apoio a capital de giro estariam incluídos na ‘Reestruturação setorial/empresarial’, objetivo previsto na Resolução 1.417/2007-BNDES, é por demais vaga, ainda que plausível. No item 3.2.3. desta instrução já se concluiu pela possibilidade desse tipo de aplicação, porém é necessário que se defina: i) que a empresa necessita desses recursos; ii) como os recursos aportados cumprirão essa finalidade e iii) quais benefícios serão obtidos com tal readequação.

555. No caso em comento, sequer se sabia o quanto seria destinado a esse fim, como apontado à p. 18 do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. Com efeito, o Quadro de Usos e Fontes (QUF) previa R\$ 500 milhões para ‘Modernizações / Expansões / Giro Associado’, quando apenas os investimentos já somavam R\$ 1,05 bilhão, segundo o RAn, ou R\$ 757,6 milhões, segundo o Plano de Negócios. Vale reproduzir, novamente, o trecho do RAn (peça 100, p. 3) destacado no Relatório do Acórdão:

Vale ainda esclarecer que a operação em tela está vinculada a um Plano de Negócios que contempla aquisições de outras empresas e/ou ativos, **sendo que o restante dos recursos pode ser utilizado na expansão e modernização de plantas, capital de giro associado a essa expansão/modernização e melhoria da estrutura de capital da Bertin.** (destaque acrescido)

556. O mesmo se constata na outra rubrica do QUF (‘Internacionalização / Aquisições’), que tinha o valor de R\$ 2 bilhões. Essa rubrica incluía ‘recomposição da estrutura de capital em função das aquisições já realizadas’, conforme observação do quadro. Havia então, na verdade, três rubricas reunidas: aquisições no exterior; aquisições no Brasil; e recomposição da estrutura de

capital. Esta seria facilmente segregável, já que se referia a valores já despendidos, mas não o foi. Quanto às demais, além de os valores previstos de aquisições serem muito maiores que os previstos no QUF, sem indicação de outras fontes de recursos, há várias discrepâncias, como apontado no Relatório do Acórdão (p. 16-17).

557. A ênfase dada pelas defesas na possibilidade de utilização dos recursos na melhoria da estrutura de capital da Bertin se dá, ao que parece, devido aos apontamentos de que os recursos acabaram sendo direcionados, majoritariamente, para essa finalidade. É preciso, no entanto, separar os fatos ocorridos em cada momento. Nesse sentido, o exame realizado na presente seção da instrução se concentra na análise apresentada no respectivo relatório.

558. No RAn, como já se registrou, havia a previsão de melhoria da estrutura de capital, porém sem definição mínima de valores. De fato, aprovou-se uma operação que destinava recursos para inúmeras atividades, sendo que a real destinação estava completamente aberta.

559. Importante reafirmar que o Plano de Negócios considerado no RAn (peça 132 do TC 034.935/2015-0) não definia de forma clara a aplicação dos recursos. A abertura do capital e o ingresso dos recursos da BNDESPAR não constaram do ‘Plano de Captação’, à p. 14 do documento, sendo mencionados apenas onde se tratou das aquisições (item 2.2.2 – p. 47 e 50). E essas aquisições somavam valores muito superiores ao aporte da BNDESPAR, ultrapassando R\$ 11 bilhões para as operações nacionais e US\$ 2 bilhões para as internacionais. Somente a Perdigão, que constava das ‘operações em andamento’, valia mais que a própria Bertin.

560. Além da completa indefinição do Plano de Negócios sobre a aplicação dos recursos, ele poderia ser alterado. De fato, o verdadeiro Plano de Negócios ainda seria elaborado, conforme constou à p. 29 do RAn, que remeteu o assunto ao Acordo de Acionistas a ser celebrado.

561. Conclui-se, assim, em linha com o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, que não houve ‘efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos’, já que tudo foi remetido para um Plano de Negócios, cuja definição cabia, preponderantemente, aos acionistas majoritários da Bertin.

562. É verdade que a BNDESPAR tinha o direito de analisar o Plano de Negócios apresentado anualmente pela Companhia, conforme Cláusula 2.1 do Contrato de Promessa de Subscrição de Ações. Mais ainda, previa o Acordo de Acionistas, Cláusula 4.1, b, XIV, que os controladores só poderiam aprovar o Plano de Negócios após a aprovação da BNDESPAR. (Peça 1267, p. 116 e 177)

563. Ocorre que tais dispositivos eram limitados pela própria falta de definição anterior da distribuição dos recursos. Qualquer ação, em qualquer valor, deveria ser aceita pela BNDESPAR, desde que se enquadrasse nas amplas finalidades da operação, previstas na mencionada cláusula 2.1, semelhante à cláusula 1.5 do Acordo de Acionistas: ‘modernização de plantas, expansão de capacidade, capital de giro, aquisições e na melhoria da estrutura de capital da COMPANHIA em atividades industriais e comerciais relacionadas à cadeia de proteína animal’.

564. Assim, se não era garantido o real poder de influência no Plano de Negócios, de modo a direcionar a destinação dos recursos, de pouco serviria, para esse fim específico, a cláusula 3.1.1 do Contrato de Promessa de Subscrição de Ações, que condicionava a liberação de recursos da BNDESPAR à comprovação do cumprimento do Plano de Negócios.

565. O item 2.5 do modelo de RAn preconizava o registro dos ‘Impactos Sociais e Regionais do Projeto / Operação’. Não houve seção específica no Relatório de Análise produzido sobre esse aspecto.

566. Alega-se que a Resolução 1.470/2007-BNDES somente determinava a inclusão, nos Relatórios de Análise, de item específico para a observação dos impactos sociais quando houvesse **impactos diretos**. Não há como acolher essa alegação, a qual tenta induzir que haveria impactos

sociais indiretos não registrados. É que a norma dispensa a apresentação do item ante a **inexistência de impactos**. A observação em que consta essa dispensa não contém a palavra ‘diretos’. Em outras palavras, se houvesse quaisquer impactos, diretos ou indiretos, estes deveriam ser indicados, e a falta desse registro aponta para sua inexistência, ou ao menos, para a ausência de análise quanto a eles.

567. As defesas também argumentam que foram apresentados os impactos socioambientais, os quais, na verdade, tratavam de cumprimento de requisitos ambientais, o que era exigido no item 2.7 do modelo e que constou no item 2.8 do RAn. Não há que se confundir o conteúdo desses dois itens.

568. Algumas defesas apontam também, como supostos benefícios observados, o aumento da exportação de proteínas, a internacionalização de empresas brasileiras, a evolução na governança, a redução da informalidade, o aumento na qualidade dos produtos, o aumento da renda dos produtores e a formalização das relações no setor. Ocorre que o questionamento é sobre a ausência da análise prévia dos benefícios. Além disso, não ficou evidenciada minimamente a relação de causa e efeito entre esses supostos impactos e o apoio concedido.

569. Por fim, o item 2.7 do RAn tratou de Recomendações do Enquadramento. Embora tenha sido registrado que as recomendações foram respeitadas, não se evidenciou a inclusão de financiamento a projetos sociais.

570. O **Capítulo 3 do Relatório de Análise – Mercado** dedica-se a descrever o mercado de frangos, bovinos, suínos e leite. São cerca de dezesseis páginas com informações de vários mercados, como o Brasil, EUA e Austrália. São informações constantes de publicações e bancos de dados, de caráter informativo, sem conteúdo analítico. Não houve apontamentos associados especificamente a esse capítulo.

571. O **Capítulo 4 do Relatório de Análise** envolve os apontamentos descritos na Seção V do Voto do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário e, especificamente, nos seguintes itens da parte dispositiva da deliberação:

- 9.4.1.2. – sem levantamento apropriado do endividamento da Bertin S/A;
- 9.4.1.3. – sem a expedição de *due diligences* para a confirmação das informações prestadas, principalmente com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA;
- 9.4.1.4. – que propunha a realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira - conforme se poderia constatar por meio de análise dos demonstrativos financeiros da companhia, procedimento esse necessário quando se trata de aquisição de participação acionária em outras empresas;

572. O item 9.4.1.5. do Acórdão, que também trata de aspecto econômico-financeiro – limite máximo de exposição –, foi tratado em outra parte do RAn e já examinado nesta instrução.

573. Em relação aos apontamentos feitos nos parágrafos 61 e 62 da instrução, sobre valores errados no quadro apresentado no item 4.1 do RAn, não foram apresentadas razões de justificativa. O próprio BNDES reconheceu o erro da informação sobre o ativo total da Bertin contido no RAn. Essa falha, isoladamente, não teria maior relevância, porém se soma a outras, como as referentes às operações do Sistema BNDES com a Bertin e às aplicações dos recursos (parágrafos 63 a 67 da instrução), igualmente não justificadas. Fica evidente a falta de zelo da equipe de análise em apresentar informações precisas sobre a operação.

574. Em relação ao endividamento, a indicação, na instrução, das observações contidas nos relatórios de acompanhamento foi feita para demonstrar que as informações sobre prazos de vencimento das dívidas e existência de *covenants* eram importantes, tanto assim que foram

destacadas em tais relatórios, embora desconsideradas no RAn. Observe-se o que constou no primeiro relatório (IP AMC/DEPAC 127/08), datado de 4/9/2008, com dados do balanço patrimonial de 30/6/2008, ou seja, após o primeiro aporte da BNDESPAR, de aproximadamente R\$ 1 bilhão (p. 22 do Relatório do Acórdão 2.154/2018):

Atualmente, a Bertin S.A. possui um endividamento bruto de R\$ 4,16 bilhões, sendo 48% referentes a obrigações financeiras de curto prazo, ou seja, com vencimento em até 12 meses. Parcela significativa desse endividamento, incluindo parcela vincenda no curto prazo, é referente a títulos emitidos no mercado financeiro internacional ('notes'). Esses títulos de dívida externa possuem cláusulas restritivas ('covenants'), estipulando valor máximo de 3,5x para a relação entre a Dívida Líquida da Bertin e o seu EBITDA dos últimos 12 meses, o qual, caso extrapolado, poderá permitir a solicitação de pagamento antecipado por parte dos credores. Na época da reestruturação acionária (pré-entrada da BNDESPAR), a Bracol Holding, companhia controladora da Bertin, figurou como avalista desses títulos, sendo considerados os seus indicadores, de forma conjunta, para comprovação dos 'covenants' financeiros da Bertin. A tabela a seguir comprova que, se não fossem considerados os dados da Bracol, o indicador já teria sido ultrapassado. Além disso, o aporte da BNDESPAR, com essa destinação, reduziria o indicador, aproximando-o dos 3,5x permitido pelas restrições financeiras. (destaques acrescidos)

575. O que se observa é que a situação não 'permanecia a mesma', como constou no Relatório do Acórdão, tendo, na verdade, piorado. É que, mesmo com o aporte de R\$ 1 bilhão da BNDESPAR, a dívida líquida foi reduzida em apenas R\$ 333 milhões.

576. O período considerado na IP 127/08 refuta a tese das defesas de que a situação da Bertin só piorou em função da crise de 2008, pois esta somente eclodiu no segundo semestre. A própria IP atribui a dificuldade encontrada pela Bertin para emissão de novos títulos no exterior a uma restrição sazonal:

Entretanto, dada a restrição de liquidez do mercado financeiro internacional, não foi possível efetivar a captação em níveis de taxa de juros aceitáveis pela Companhia. Espera-se que, com a retomada do mercado, após as férias de verão no hemisfério norte, a Bertin S.A. consiga realizar a colocação de títulos externos.

577. A crise de 2008, decerto, produziu efeitos sobre a Bertin e, no geral, em toda a economia, porém isso não tem reflexo no exame do Relatório de Análise, objeto da presente seção da instrução, devendo ser considerado no item 4. da instrução, referente ao Acompanhamento.

578. Acrescente-se, para refutar a alegação relativa à crise, que as atividades operacionais permaneciam, até aquele momento, no mesmo nível, sendo o Ebitda apontado no balanço de 30/6/2008 de R\$ 722,6 milhões, contra R\$ 716,2 milhões em 31/12/2007. Ou seja, não foi uma queda na atividade econômica que influenciou a piora do endividamento no período.

579. Outra alegação apresentada é a de que a relação Dívida Líquida/EBITDA ostentada pela empresa estaria em linha com a de outras empresas em 'operações semelhantes' (v. parágrafo 495). A tabela produzida, no entanto, apresenta dados incorretos. A Minerva S.A., por exemplo, conforme se extrai de suas demonstrações financeiras de 2007, apresentava Dívida Líquida de R\$ 160,1 milhões, Dívida Líquida/EBITDA de 1,3, e captou R\$ 370 milhões no IPO, números muito diferentes dos apresentados pela defesa e melhores que os da Bertin, ao contrário do alegado. E mesmo antes do IPO, que ocorreu em julho de 2007, o referido indicador era de 2,9 e a dívida líquida de R\$ 353,3 milhões.

580. A incorreção dos dados referentes à única empresa do setor entre as informadas pela defesa já derruba por completo a alegação, dispensando a conferência dos números das demais empresas citadas.

581. É de se notar, também, que o Relatório de Análise, ao apresentar a 'Avaliação Relativa', com análise comparativa com as demais empresas do setor (p. 27-28 do RAn), não

destaca o indicador Dívida Líquida/Ebitda ou qualquer outro indicador de endividamento.

582. Foi dada ênfase, na referida avaliação relativa, às margens de lucro, especialmente à Margem Líquida, ressaltada pelas defesas, que apresentava, na tabela produzida, valores favoráveis à Bertin. No entanto, outros indicadores de lucratividade, que não seriam favoráveis, não foram apontados, como o retorno sobre *equity* (ROE) ou retorno sobre ativos (ROA).

583. Como apontado no Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, os números apresentados no item 4.1 do RAn carecem de confiabilidade. Alega-se que foram retirados de demonstrativos pró-forma auditados, mas há inconsistências que saltam aos olhos, como por exemplo, Receita Operacional Líquida e Lucro Líquido de 2007, cujos números se referem, o primeiro, ao consolidado, o segundo, à controladora.

584. O valor da Receita Operacional Líquida consolidada informado também causa estranheza em relação aos demonstrativos parciais de 2007. Inicialmente, o demonstrativo pró-forma elaborado para os nove meses findos em 30/9/2007 apontou o valor de R\$ 3.335.081 mil. Já a demonstração dos resultados elaborada para o período de 27/7 a 31/12/2007 apresenta o valor de R\$ 1.422.802 mil. Como os dois períodos se sobrepõem entre 27/7 e 30/9/2007, parte da receita foi considerada nos dois demonstrativos, donde se conclui que o resultado para todo o exercício deveria ser inferior à soma dos dois valores (R\$ 4.757.883 mil). No entanto, o demonstrativo pró-forma para todo o exercício de 2007 apresentou a Receita Operacional Líquida de R\$ 5.187.391 mil, maior que a soma. (Peça 1444, p. 23)

585. Já para a controladora, a Receita Operacional Líquida registrada para todo o exercício de 2007, no respectivo demonstrativo pró-forma, coincidia com a soma dos valores para os dois períodos indicados anteriormente. Como já colocado, o valor deveria ser menor.

586. A dúvida sobre a correção do valor da Receita Operacional levaria, naturalmente, a dúvida sobre o valor do Ebitda e, conseqüentemente, do valor do indicador Dívida Líquida / Ebitda, o qual é apontado no RAn como tendo evolução favorável. Pesa a favor dos responsáveis o fato de que o demonstrativo pró-forma de 2007 foi auditado pela BDO Trevisan. Porém, considerando que a mesma firma auditou os demais demonstrativos pró-forma; que ela não apresentou qualquer ressalva ou observação sobre a divergência apontada; que não se trata de demonstrativo escriturado nos livros oficiais; que se tratava de operação de R\$ 2,5 bilhões em empresa com alto endividamento, era de se esperar maior diligência dos responsáveis em checar as informações. A suposta redução do indicador Dívida Líquida / Ebitda decorreu, exclusivamente, do expressivo aumento no Ebitda, o qual devia ser apurado e sua origem (além da própria correção) anotada.

587. Anote-se que o demonstrativo pró-forma de setembro/2007 serviu de base para a avaliação financeira da Bertin S.A., conforme item 4.2 do RAN.

588. O apontamento feito nos parágrafos anteriores não apresenta nova evidência ou fundamentação de irregularidade, sendo feito com o único objetivo de refutar as alegações de que a análise foi feita com o devido zelo e que os indicadores apontavam para uma boa saúde financeira da Bertin. Na verdade, o que se evidencia é que a análise selecionou indicadores que seriam mais favoráveis à empresa, bem como se baseou em dados, no mínimo, duvidosos e conflitantes. Isso ratifica as imputações realizadas no Despacho de 14/3/2018 e no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

589. O fato de haver garantias da Bracol Ltda. e da Heber Participações sobre algumas dívidas não altera o seu valor, ainda que pudesse contribuir para um menor risco de solvência. Observe-se que a alegação é contraditória com outras justificativas apresentadas, como a mencionada no parágrafo 389, no sentido de que seria 'indispensável (...) para fins de aferição de níveis e índices de endividamento da Bertin, não confundir os números da Bertin [S/A] - objeto do investimento da BNDESPAR - com os do restante do grupo' (peça 420, p. 34).

590. A alegação é incoerente, também, com as justificativas para a reestruturação da Bertin, que teria como lógica segmentar os ativos operacionais geradores de caixa, com forte sinergia entre si, segregando-os de outros negócios do grupo empresarial.

591. O Tribunal não ignorou a diferença entre as empresas, nem os demonstrativos pró-forma, nem as garantias das controladoras do grupo. O que se apontou foi que os números da Bertin S.A. indicavam alto endividamento, o que as defesas não logram afastar.

592. A alegação de que a agência Moody's não alterou a percepção de risco resultante dos planos de reorganização societária da Bertin em nada muda as constatações do processo. Em primeiro lugar, a unidade técnica e o Relator em nenhum momento questionaram a reorganização em si, sequer atribuíram a má situação financeira da empresa a esse movimento societário. Em segundo lugar, **a Moody's manteve, tanto para a Bertin quanto para os títulos (notes) emitidos, um rating ruim (Ba3), em perspectiva estável (sem sinalização de melhora).**

593. Segundo a própria Moody's (Símbolos e Definições de Rating), 'Obrigações classificadas como Ba são consideradas **especulativas e estão sujeitas a substancial risco de crédito**'. Em relação aos emissores, Ba representa 'Emissores (...) considerados de **força financeira intrínseca ou autônoma especulativa**, e são sujeitos a um risco de crédito substancial na ausência de qualquer possibilidade de suporte extraordinário de uma afiliada ou do governo'. O modificador numérico 3 após a nota Ba corresponde ao pior dos três níveis em que se divide o *rating*. (destaques acrescidos)

594. Em relação à auditoria externa – BDO Trevisan –, caberia a ela, de fato, se manifestar sobre a capacidade de continuidade operacional da empresa, caso identificasse riscos que a pusessem em dúvida, conforme exigia a NBC T 11.10. Deve-se reconhecer que a ausência dessa manifestação é um indício de inexistência desse risco específico, qual seja, de interromper suas atividades em período inferior a um ano após a data das demonstrações auditadas, como define a norma.

595. De fato, a afirmação de que a empresa estava 'em estado quase falimentar' pode não se confirmar, em relação ao momento em que se deu a aprovação da operação, especialmente se considerada a definição contábil de continuidade operacional. Porém, não estar, tecnicamente, nessa situação extrema não significa que a empresa gozava de boa saúde financeira. Ao contrário, o que se observa é que havia uma situação de alto endividamento, sendo a maioria das dívidas com vencimento em até dois anos, conforme demonstrado na p. 22 do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. E isso não recebeu o devido tratamento no Relatório de Análise.

596. A existência de endividamento em moeda estrangeira, de fato, é normal, como alegado pelos defendentes, assim como as cláusulas restritivas (*covenants*). O que foge à normalidade e deveria ser devidamente analisado e reportado é que esses *covenants* estipulavam o valor máximo de 3,5 para a relação Dívida Líquida/EBITDA, a qual já estava havia anos em patamares superiores a 4. O estabelecimento de *covenants* é prática usual no mercado financeiro, como alegado, inclusive, em contratos de financiamento celebrados pelo BNDES, para estabelecer limites a determinados parâmetros financeiros. E se há essa preocupação é porque esses parâmetros são importantes.

597. Essa alegação apenas confirma o que a análise técnica do Tribunal apontou: o endividamento era alto. Inclusive quando medido pela relação Dívida Líquida/EBITDA. E o primeiro documento produzido no acompanhamento da operação (Informação Padronizada IP AMC/DEPAC 127/08, de 4/9/2008) indicou o que não foi explicitado no RAn: buscava-se, com o aporte da BNDESPAR, reduzir o indicador 'aproximando-o dos 3,5x permitido pelas restrições financeiras'.

598. As defesas questionam a utilização do Modelo de Fleuriet, afirmando que o 'modelo

pressupõe o autofinanciamento da empresa, ou seja, a obtenção de recursos para a manutenção da atividade empresarial por meio da própria atividade, sem entrada de recursos como novos financiamentos ou aportes dos sócios' (peça 495, p. 69-70).

599. Não é bem assim. O modelo admite sua aplicação em situações de crescimento, inclusive com a obtenção de recursos externos. A situação para a qual o modelo alerta é para o crescimento não sustentável, conforme se observa no trecho a seguir, retirado do mesmo site indicado pela defesa (modelo-fleuriet.com):

Crescimento e geração de valor

Crescimento nas vendas significa que a **saúde financeira** de uma empresa é boa, não é?

Não necessariamente, se o **aumento das vendas**, combinado com uma crescente NCG e CAPEX, significar que a empresa está **aumentando suas dívidas para pagar as já existentes**.

Como bem sabemos, chamamos esse crescimento não sustentável de '**Efeito Tesoura**'. Ele pode levar uma empresa à falência.

600. Ainda segundo o modelo, o Efeito Tesoura acontece quando a taxa de crescimento das vendas é maior que o ROIC (retorno sobre o capital investido). Assim, seria possível, ao contrário do alegado, utilizar o Modelo de Fleuriet para a análise da saúde financeira da empresa.

601. Por outro lado, assiste razão aos responsáveis quanto à utilização de dados da Bertin Ltda. nos cálculos realizados, em lugar dos números da Bertin S.A. A mesma conclusão se aplica a outros indicadores calculados no âmbito da unidade técnica, apresentados nas páginas 90 e seguintes do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. Registre-se que os valores considerados no RAn foram os oriundos do demonstrativo pró-forma elaborado para os exercícios 2005 e 2006 (peça 1446), além do pró-forma de 2007, enquanto os cálculos acima citados utilizaram os números da Bertin Ltda., o que prejudica algumas comparações realizadas.

602. Há indícios de que, se refeitos os cálculos para a Bertin S.A., com os números dos demonstrativos pró-forma, também se chegaria a índices desfavoráveis, principalmente ante o fato de que vários dos números principais de balanço e de resultado da Bertin S.A. apresentados correspondem a mais de 90% dos valores da Bertin Ltda.

	2005			2006		
	Bertin Ltda.	Bertin S.A. (pró-forma consolidado)	Bertin S.A. / Bertin Ltda.	Bertin Ltda.	Bertin S.A. (pró-forma consolidado)	Bertin S.A. / Bertin Ltda.
Ativo	3.188.604	2.739.369	86%	5.077.981	3.769.965	74%
Circulante	1.762.727	1.426.050	81%	3.331.338	2.142.884	64%
Imobilizado	1.398.785	1.301.859	93%	1.662.820	1.567.699	94%
Passivo	3.188.604	2.739.369	86%	5.077.981	3.769.965	74%
Circulante	1.105.287	1.085.733	98%	970.183	948.952	98%
Exigível a longo prazo	836.900	1.470.215	176%	2.667.890	2.638.628	99%
Total passivo exigível	1.942.187	2.555.948	132%	3.638.073	3.587.580	99%
Patrimônio Líquido	1.246.153	183.331	15%	1.438.256	183.331	13%
Capital social	351.000	183.331	52%	361.000	183.331	51%
Receita Oper.	3.300.606	3.117.298	94%	3.862.150	3.741.850	97%

	2005			2006		
Bruta						
Receita Oper.						
Líquida	3.091.927	2.924.637	95%	3.615.794	3.507.512	97%
Lucro Bruto	775.905	710.826	92%	943.593	897.604	95%
Lucro Líquido	226.816	120.969	53%	221.595	180.209	81%

603. Com efeito, a representatividade da Bertin S.A. frente à Bertin Ltda., especialmente em relação ao faturamento, deixa evidente que as análises de uma e de outra não poderiam se afastar muito.

604. Em relação ao exercício de 2007, os cálculos efetuados no pronunciamento da subunidade técnica se valeram do demonstrativo da Bertin S.A., referente ao período de 27/7 a 31/12/2007, estendendo proporcionalmente os valores de resultado para todo o exercício de 2007, o que foi questionado pelos responsáveis, devido a supostas sazonalidades, as quais não foram demonstradas. De fato, o ideal seria utilizar o demonstrativo relativo a todo o período, para evitar esses possíveis efeitos. Ocorre que, como já demonstrado, o demonstrativo pró-forma de 2007 apresentava inconsistências.

605. A tabela apresentada acima evidencia mais uma fragilidade dos demonstrativos pró-forma, que se soma às mencionadas nos parágrafos 584 e 585: não seria possível que o endividamento total da Bertin S.A. fosse maior que o da Bertin Ltda., da qual ela fazia parte. No máximo, seria igual, se todas as outras empresas do grupo Bertin, inclusive a própria controladora, não tivessem qualquer dívida.

606. Assim, resta evidente a falta de confiabilidade dos números dos demonstrativos pró-forma. Considerando isso, e tendo em vista que as análises que fundamentaram as audiências não consideraram tais demonstrativos, torna-se dispensável, e até não recomendável, fazê-lo nesse momento. De qualquer forma, mesmo desconsiderando as análises apresentadas nas páginas 90 a 95 do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, permanecem diversas evidências da fragilidade da análise levada a efeito sobre a situação econômico-financeira da Bertin S.A., conforme explanado amplamente nesta seção da instrução.

607. Seguindo na análise dos argumentos, cabe registrar que a equipe técnica do TCU não restringiu sua análise ao passivo exigível, como alegado. O que se fez foi evidenciar a falta da devida análise desse aspecto tão importante, focando a análise apenas nos resultados, ainda assim, sem uma crítica mais detida sobre os números relativos à receita, os quais apresentavam inconsistências, como apontado.

608. Tampouco se deixou de considerar a visão prospectiva. Como exemplo, às p. 28 e 96 do Relatório, apresentam-se críticas ao Relatório de Análise, quanto às projeções de investimentos. Foi apontado, em conclusão, que a Bertin S.A. não apresentava situação financeira que lhe facilitasse a captação de novos empréstimos que viabilizassem os investimentos previstos. A visão prospectiva apresentada apostava em vários investimentos e aquisições que seriam feitos com recursos de outras fontes que não o BNDES (não identificadas, como já se apontou). Ocorre que seus índices de endividamento em 2007 estavam acima do que o mercado considerava prudente. Veja-se que a visão prospectiva passava, necessariamente, pela questão do endividamento, da geração de capital de giro, de um crescimento sustentável.

609. Como se questionou no Relatório, se a situação da empresa não sinalizava para a viabilidade de obtenção de novos financiamentos, os investimentos que dependiam desses recursos não poderiam, jamais, ter sido considerados na avaliação econômica, como fez a equipe de análise do BNDES.

610. A Bertin S.A. tinha, em dezembro de 2007, Ativo Total de aproximadamente R\$ 6 bilhões, mas Patrimônio Líquido de apenas R\$ 1 bilhão, o qual havia aumentado em quase R\$ 800 milhões, de 2006 para 2007, principalmente em função de reavaliação de ativos. A avaliação realizada apontou, no entanto, para o valor de *equity* de R\$ 6,65 bilhões, considerando a rentabilidade futura da empresa.

611. Essa avaliação deveria considerar a realidade da empresa antes da entrada da BNDESPAR no capital, o chamado *pré-money*. Formalmente, foi essa a avaliação realizada, como declarado no RAn. De fato, os recursos do BNDES não aparecem no fluxo de caixa, como destacou o Diretor da unidade técnica em seu pronunciamento. Ocorre que, como apontado, o cenário de investimentos considerado era incompatível com a situação da empresa. Em uma avaliação *as is* ou *pré-money*, consideram-se apenas investimentos que já estavam na carteira de projetos da empresa e que ela executaria, independentemente da operação que se vislumbra, no caso, o aumento de capital.

612. No caso, porém, a Bertin S.A. contava com os recursos do BNDES para se sustentar e viabilizar novas aquisições e investimentos. Somente com o aumento de capital, a estrutura de capital da empresa teria alguma chance de voltar a níveis tolerados pelo mercado e tornar **possível** a obtenção de novos recursos. A avaliação desconsiderou isso, tratando como certos investimentos improváveis. Com isso, o fluxo de caixa foi inflado, levando a um valor igualmente sobrestimado.

613. Não é possível, porém, como já adiantara o Sr. Diretor em seu pronunciamento, chegar a um valor exato, nem com razoável grau de certeza, sobre o valor justo da empresa no momento do aporte. Além das naturais imprecisões e subjetividades inerentes à metodologia do fluxo de caixa descontado, têm-se, no caso, imprecisões referentes às informações da própria empresa.

614. Como já comentado, os demonstrativos pró-forma, embora auditados, não são documentos diretamente baseados em escrituração formal, além de apresentarem dúvidas que lhe diminuem a confiabilidade. Deve-se lembrar que se tratava de empresa de capital fechado e que carecia de adequada governança, como apontado pelo próprio RAn. As informações acerca dos investimentos e aquisições eram imprecisas, não se sabia ao certo onde seriam aplicados os recursos, que retornos haveria, além da dúvida sobre a viabilidade de seu financiamento, comentada acima.

615. Todos esses elementos, somados aos demais já comentados nessa instrução, levam à conclusão de que houve falhas graves na elaboração da avaliação econômica e do Relatório de Análise ao qual foi incorporado. Constituem, também, evidências de que o valor justo da Bertin S.A. era inferior ao considerado na aquisição de suas ações pela BNDESPAR, porém, sem que seja possível se precisar em quanto montava essa diferença. As consequências dessa constatação serão tratadas em seção específica dessa instrução sobre o dano apontado.

3.3.2. Não era necessária a realização de *due diligence*

616. Afirma-se que o termo *due diligence* remete a um procedimento de auditoria de natureza ampla, com a realização de análise e verificação de diversos aspectos que podem caracterizar determinada empresa. Os questionamentos feitos deveriam determinar sobre quais aspectos de alcance ou metodologia existiriam as supostas irregularidades, o que não teria sido observado no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, que partiu de uma premissa de que a auditoria/confirmação sobre as informações da Bertin simplesmente não teria ocorrido no Relatório de Análise.

617. Afirma-se que a natureza e especificidades do Grupo Bertin eram profundamente conhecidas pela BNDESPAR, por intermédio de uma relação comercial mantida desde meados da década de 90. ‘Nenhuma *due diligence* seria capaz de prover (...) mais informações e conhecimento a respeito dos meandros e características do Grupo Bertin de que o adquirido ao longo de mais de

10 (dez) anos de contato comercial frequente' (peça 424, p. 97).

618. A defesa de José Cláudio Rego Aranha afirma que a *due diligence* tem por finalidade avaliar os riscos envolvidos num investimento em determinada companhia ou negócio, fazendo isso por meio do levantamento de todo o histórico dos demonstrativos e informações de natureza financeira, econômica, patrimonial, jurídica, dentre outras. Aponta, assim, que a investigação não caberia para a Bertin S/A, porque ela não tinha histórico algum. (Peça 424, p. 99)

619. Em sentido diverso, outra defesa alega que, sob a perspectiva dos aspectos financeiros, as normas internas previam que a análise deveria basear-se nas demonstrações disponibilizadas pela pessoa jurídica. Tais aspectos foram analisados **com base nas demonstrações financeiras dos três exercícios anteriores à operação**, auditadas pela BDO Trevisan ('uma das maiores empresas de auditoria e devidamente registrada na CVM'). (Peça 435, p. 25)

620. Questiona-se a afirmação contida no Pronunciamento da Subunidade de que 'faz-se necessária a análise de pelo menos cinco exercícios anteriores ao investimento para se ter uma mínima noção do crescimento da empresa', sem qualquer indicação da base normativa ou doutrinária para a exigência. O posicionamento ainda conflitaria com o entendimento da CVM, cuja Instrução 400/2003, que disciplina os documentos que devem integrar o conjunto de informações disponibilizadas publicamente para que os investidores possam analisar a oferta pública de distribuição de valores mobiliários e decidam acerca da aquisição dos valores ofertados, exige, em seu parágrafo 6.1, as Demonstrações financeiras apenas dos três últimos exercícios encerrados.

621. Menciona-se que Warren Buffet adota em suas aquisições a prática de se basear em informações públicas, sem realização de auditoria, citando trecho da obra 'The Warren Buffet CEO' (peça 471, p. 71).

622. É feita referência, também, a artigo publicado pela Revista de Administração de Empresas denominado 'Fusões e aquisições: aprendendo com a experiência brasileira', o qual é mencionado na bibliografia dos textos citados pelo próprio TCU. Afirma-se que esse estudo atesta, com base em 106 respostas dos principais executivos dentre as 500 maiores empresas brasileiras, que cerca de metade dos casos de fusões e aquisições estudados (muito mais complexos do que a aquisição de participação minoritária, como foi o caso do investimento na Bertin) não contou com a etapa de *due diligence*. Apontam-se, ainda, fragilidades do processo de *due diligence*, mencionando artigo da Harvard Business Review. (Peça 495, p. 75)

623. Afirma-se que as leis e normas internas do BNDES vigentes à época da operação de apoio financeiro à Bertin não determinavam a obrigatoriedade de realização de *due diligence* externa pelo BNDES em relação à aquisição de participações minoritárias. A política de atuação de renda variável ainda não havia sido instituída, de forma que a análise foi feita em conformidade com as regras vigentes à época, que não obrigavam a realização de *due diligence* em operações como a que está sob análise. Destaca-se que somente por meio da política posteriormente aprovada (Resolução DIR 2.272/2012-BNDES, em resposta à recomendação do Acórdão 2618/2011-TCU-Plenário) passou a ser exigida a *due diligence* em operações de renda variável com companhias fechadas com valor de aporte superior a R\$ 100 milhões.

624. A ausência dessa obrigatoriedade seria um reflexo das práticas de mercado, tanto nacionais quanto internacionais, nas operações de fusão e aquisição de empresas. Esse entendimento poderia ser justificado na própria indefinição do escopo de auditoria externa frente à possibilidade de inclusão de outros mecanismos contratuais de confirmação de informações. Afirma-se que a conclusão que se retira dos artigos acadêmicos é oposta à apresentada no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, indicando que a obrigatoriedade desta auditoria não está em conformidade com as práticas do mercado (peça 471, p. 71).

625. Refuta-se, também, a referência, no item 158 do Relatório do Acórdão, à operação de

apoio financeiro da JBS para a aquisição da empresa National Beef. Naquela operação, jamais teria havido qualquer previsão de realização de *due diligence* externa anteriormente ao investimento realizado pela BNDESPAR na JBS. Apenas após a aquisição da National Beef ter sido vetada pelas autoridades norte-americanas, a realização da *due diligence* foi prevista, no 3º Aditivo ao contrato, a qual deveria ser realizada pela JBS, e somente no que se refere à aquisição de outras empresas que não a National Beef. Além disso, a celebração do 3º Aditivo ao referido contrato ocorreu mais de um ano após a aprovação do investimento na Bertin – enquanto a operação de apoio financeiro à Bertin foi aprovada em 1º de abril de 2008, a celebração do mencionado aditivo somente foi realizada em 16 de abril de 2009.

626. As defesas dos empregados integrantes do corpo jurídico da entidade asseveram que a Gerência Jurídica analisou mais de 1.800 páginas de documentos referentes à Bertin e ao seu grupo econômico (devidamente arquivadas no BNDES), como licenças, alvarás, certidões de distribuição judiciais (incluindo matérias trabalhistas, cíveis, fiscais e de protestos) e outros demais documentos dotados de fé pública. Desse modo, eles teriam realizado ‘auditoria interna’, com toda a análise necessária e, ainda, a afirmação no sentido de que a análise teria sido realizada ‘com base única e exclusivamente nas informações prestadas pelo postulante’ não é correta no que se refere à análise jurídica.

627. Alega-se, também, que, no âmbito jurídico, o grau de proteção da BNDESPAR foi devidamente atendido na operação da Bertin. Adicionalmente à devida realização de ‘auditoria jurídica interna’ com base na Orientação Normativa 2.2.1, foram adotados diversos mecanismos contratuais que visavam resguardar as informações relacionadas à auditoria jurídica realizada no caso. (Peça 471, p. 77)

628. A Cláusula Quinta do Contrato de Subscrição de Ações previu um mecanismo de indenizações, que deveriam ser realizadas pela Bertin e por seus controladores, em favor da BNDESPAR, por quaisquer incongruências das informações que foram prestadas ou, ainda, qualquer forma de dano eventualmente sofrido em razão da subscrição de ações. Nos referidos termos contratuais, quaisquer ações ou processos administrativos que não estivessem devidamente considerados nas demonstrações financeiras da Bertin utilizadas na avaliação da empresa seriam passíveis de indenização em favor da BNDESPAR.

629. Nesta mesma Cláusula Quinta, também está prevista a obrigatoriedade de contratação de empresa de auditoria independente, registrada na Comissão de Valores Mobiliários (‘CVM’), a fim de que fosse realizada auditoria para estimar um valor total das insubsistências ativas e/ou passivas, bem como a obrigação de contratação de escritório de advocacia que não prestasse serviços à Bertin para auxílio à empresa de auditoria.

630. Reiteram que, quando da aprovação da operação, inexistia precedentes do TCU pela necessidade de realização de *due diligence* externa em operações da BNDESPAR e tampouco existia (e ainda não existe) indicação de qual seria o escopo, tempo e modo (realização pelo corpo funcional interno ou consultorias externas) considerados adequados para a realização desses procedimentos na visão do TCU. A necessidade ou não de realização de *due diligence* era uma decisão discricionária, que não pode ser substituída pela posição do TCU, sob pena de descumprimento do disposto no art. 90 da Lei das Estatais.

631. Por fim, anota-se que, no âmbito do TC 034.932/2015-1, a instrução da SecexEstataisRJ de 24/5/2017 opinou no sentido de que a ausência de *due diligence* externa não representa irregularidade, justamente por reconhecer a ‘inexistência de normativos a respeito’.

Análise das alegações

632. Inicialmente, para melhor entendimento, cabe recorrer às definições apresentadas pela Consultoria Tendências na seção 4.4 do parecer intitulado ‘Análise da operação de aquisição da

Swift Foods & Co. pela JBS S/A com o apoio do BNDES' juntado ao processo TC 010.398/2017-1 pela JBS (Peça 798 daquele processo):

Figura 7. Processo de aportes de capital



4.4.5 Due diligence

O processo de diligência é uma prática comum adotada no mercado por todos os tipos de agente, podendo ser obrigatório legalmente em algumas jurisdições. Esse processo é como uma auditoria da empresa-alvo, na qual a mesma é investigada em termos estratégicos, legais, fiscais, ambientais, contábeis, financeiros, comerciais, societários e de TI 34. Isso gera ao investidor avaliações sobre os ativos e passivos da empresa, assim como uma avaliação da situação financeira e das obrigações contratuais que a empresa-alvo do investimento tem.

Nesse processo, os documentos necessários para o processo são disponibilizados pela organização que pede o investimento. As informações passadas anteriormente são verificadas, bem como passivos e potenciais contingências financeiras, fiscais, trabalhistas e ambientais (atuais e potenciais), fatores de risco e seu grau de severidade identificados. **Essa etapa tem, entre outros objetivos, a função de confirmar o investimento e se as premissas utilizadas estão corretas.**

(...)

4.4.6 Formalização do Aporte de Capital

Se a recomendação for de continuar o processo de aquisição, ocorre a formalização do aporte. Por se tratar de investimento direto, a formalização do aporte de capital se dá com a celebração dos Contratos de Subscrição (ou Contrato de Compra e Venda de Ações), Acordo de Acionistas e/ou outros instrumentos para ajustar condições específicas participação do investidor na empresa. Isso permite o desembolso de fundos, que será seguido de processos de supervisão de projetos e acompanhamento de resultados. (destaques acrescidos)

633. De fato, a Lei das S.A. não exigia expressamente e as normas internas do Banco não obrigavam a utilização da *due diligence* nesse tipo de operação. O que se discute aqui, porém, não é o simples descumprimento de norma, mas o cuidado que se deveria ter ao se decidir sobre uma operação, e isso a lei exige, principalmente se forem considerados o montante envolvido, R\$ 2,5 bilhões, o fato de se tratar de uma empresa fechada até então, com fragilidades de governança, como indicado pelo próprio RAn, e a situação financeira da empresa, especialmente seu endividamento.

634. A realização de *due diligence*, como visto, é prática comum no mercado e seu conceito também é facilmente compreendido, embora, logicamente, seu conteúdo varie, em cada aplicação, conforme as características da operação e da empresa a ser investigada. Vários exemplos podem ser resgatados de transações precedidas pela realização de *due diligences*. A seguir alguns:

- Quando o frigorífico Minerva adquiriu nove frigoríficos da JBS no valor de US\$ 300 milhões pagou 90% quando do aval dos órgãos antitruste e os 10% restantes ficaram retidos por seis meses aguardando o processo de *due diligence*;
- Quando a JBS adquiriu por meio da Swift Austrália a empresa Tatiara Meat Company da holandesa Vion Food Group, sujeitou o pagamento da operação à conclusão do processo de *due diligence* na empresa; e
- Em 3/7/2018, foi noticiado o interesse de um investidor catariano na participação da BNDESPAR na JBS, que ficou dependendo da realização de uma *due diligence* na JBS.

635. São totalmente descabidas as comparações entre a operação em comento e simples aquisições de ações por parte de pessoas físicas ou corretores, nas quais não se exige *due diligence*. Seja pelo montante envolvido, pela situação econômico-financeira da empresa-alvo, ou pela natureza do BNDES e da BNDESPAR e de seus apoios financeiros, as situações são completamente diferentes.

636. Também não se tratou de uma mera chamada de capital, com oferta pública de ações, mas de uma negociação direta entre Bertin e BNDES.

637. A circunstância de o Tribunal não haver se manifestado anteriormente sobre a necessidade de *due diligence* também não altera sua necessidade. Ao prolatar o Acórdão 2618/2011-TCU-Plenário, esta Corte não criou regra nova, não inovou em interpretação anterior de algum normativo, tampouco esclareceu dúvida razoável que existisse. A recomendação então expedida visava contribuir para aprimorar o processo do Banco e eliminar falhas futuras. Porém, falhas passadas ainda podiam, e podem, ser objeto de análise.

638. O fato de a BNDESPAR já ter um relacionamento anterior com a Bertin é bastante relativo, contribuindo muito pouco para o deslinde da questão. Como as próprias defesas ressaltam, há significativas diferenças na atuação do BNDES, em operações de crédito, e da BNDESPAR, em participações acionárias. Todo o relacionamento anterior com a Bertin era em operações de crédito, em que o mais importante eram as garantias e, dependendo da operação, o andamento do projeto financiado. Não havia um acompanhamento mais próximo da administração da empresa, de sua governança, planos de negócios etc.

639. Além disso, a empresa acabara de se reestruturar. O que, de fato, havia sido transferido à Bertin S.A.? Que ativos operacionais ou financeiros, direitos, obrigações? Tudo isso podia e devia ser investigado.

640. A alegação de que não havia histórico a ser investigado (v. parágrafo 618) é totalmente descabida. O fato de ser um desmembramento de outra empresa tornava a investigação ainda mais necessária, pois apresentou-se um ‘histórico’ fictício, refletido nas demonstrações pró-forma, as quais foram simplesmente acatadas. Ora, se demonstrações auditadas fossem suficientes, dificilmente se faria *due diligence*. E, no caso, eram demonstrações não escrituradas, produzidas somente para esse fim específico, sujeitas a toda sorte de erros e (por que não?) de fraudes.

641. Especificamente, em relação aos aspectos jurídicos, embora não comprovada a análise indicada nas razões de justificativa, é possível acatar as alegações de que a ausência da *due diligence*, a priori, não teria acarretado prejuízo à análise da operação nem maior risco para a BNDESPAR. De fato, a investigação que fez falta foi sobre os aspectos contábeis/financeiros e operacionais.

642. Diante de todo o exposto, conclui-se que, isoladamente, a não utilização da *due diligence* na análise da operação não levaria à punição dos gestores, pois não havia norma que a tornasse obrigatória. Porém, o fato deve ser encarado em conjunto com os demais indícios relativos à insuficiência da análise. E esse exame conjunto, apresentado nesta seção, aponta que as defesas não lograram afastar por completo as evidências de falhas na elaboração do Relatório de Análise e na análise propriamente dita. A não utilização da *due diligence* é uma dessas evidências.

3.3.3. O prazo para a Análise foi suficiente

643. Os defendentes alegam que o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário deixa de apresentar os motivos pelos quais qualificou o tempo transcorrido para a elaboração do Relatório de Análise como exíguo, tendo chegado a tal premissa, ao que parece, considerando somente os dados contidos nos registros do sistema informatizado do BNDES (‘Sistema OPE’), segundo o qual a análise completa da operação de apoio financeiro teria ocorrido em 65 dias.

644. Apresentam-se argumentos semelhantes aos relacionados ao tempo para o Enquadramento (seção 3.2.5. da instrução), no sentido de que as etapas de negociação se desenvolveram em prazo muito maior do que o prazo mencionado acima (referente apenas à formalização das informações no relatório de análise). Os documentos internos do BNDES confirmariam que o projeto de apoio financeiro da Bertin já estava em negociação pela unidade responsável na BNDESPAR desde, pelo menos, outubro de 2007, de forma que a referida análise teria durado, no mínimo, 7 (sete) meses (essa informação constaria, inclusive, no Sumário Executivo do Relatório de Análise). Defende-se que o início da análise antes da formalização da consulta não caracteriza irregularidade, pois é compatível com a natureza empresarial da BNDESPAR e o ambiente de negócios, de mercado de capitais, no qual ela atua cotidianamente.

645. Menciona-se documento que já havia sido apresentado pelo BNDES ao TCU (item 3.1 do Memorial elaborado pelo BNDES – peça 718 do TC 034.935/2015-0), que demonstraria que a análise da operação de apoio financeiro teve início em 23/8/2007, quando as equipes da Bertin e da BNDESPAR trocaram correspondências eletrônicas sobre o envio do material de análise e o agendamento da primeira reunião presencial para 5/9/2007.

646. Apresenta-se, ainda, e-mail datado de 12/9/2007, que indicaria não apenas a solicitação e exame das informações econômico-financeiras da Bertin S/A, como também a realização de reuniões de trabalho entre as equipes, comprovando a continuidade do trabalho de análise realizado pela BNDESPAR. Outras correspondências mencionadas pelo BNDES na Nota AJ/JUCAD nº 007/2018 também demonstrariam que o trabalho foi realizado em um prazo muito superior ao considerado pelo TCU. (peça 424, p. 64, 209 e 214)

647. É apresentada tabela com dados de operações que apontam que a média entre a Carta Consulta e o Enquadramento é de nove dias e, entre a Carta Consulta e a aprovação da Diretoria é de 23 dias. Desse modo, ainda que analisada a questão da perspectiva da formalização da Carta Consulta, a operação não representaria uma exceção aos demais casos submetidos à análise da BNDESPAR. (Peça 424, p. 65)

648. Aponta-se, ainda, que o prazo de 65 dias observado a partir do registro no Sistema OPE é condizente com a Resolução BNDES 1.355/2006, vigente à época, a qual determinava que as operações diretas com o BNDES deveriam ser analisadas no prazo de sessenta dias, iniciado no ingresso do projeto no Sistema BNDES.

649. Outro argumento apresentado quanto à regularidade do prazo praticado nas análises da operação diz respeito à resposta apresentada pelo chefe de Infraestrutura, Transportes e Bens de Capital do Credit Suisse Brasil, Felipe Vinagre, ao ser indagado sobre quanto tempo ele levava para elaborar uma avaliação econômico-financeira e para atualizar essas informações, no Seminário Mercado de Capitais Brasileiro, realizado em 12/6/2018, na sede do TCU. O entrevistado respondeu que, sendo uma empresa bem conhecida, que venha sendo acompanhada há anos, a avaliação é rápida, podendo se dar no mesmo dia, se não houve mudanças drásticas nas condições. Em outros casos, pode levar ‘até um ano’, dependendo do grau de conhecimento. (Peça 1338, p. 84)

650. Afirma-se, por fim, que a área técnica do Banco emitiu o Relatório de Análise em 26/3/2008, ou seja, mais de quatro meses depois do enquadramento, ocorrido em 5/11/2007.

Análise das alegações

651. Observa-se que as alegações apresentadas não inovam em relação ao que o próprio BNDES já havia apresentado anteriormente. Alega-se, em suma, que as negociações se iniciaram antes da data que consta da Carta Consulta no Sistema OPE e que os prazos de enquadramento e análise foram compatíveis com os observados em outras operações.

652. No exame apresentado no item 3.2.5. da instrução já se ponderou acerca da pouca confiabilidade dos registros no Sistema OPE, o que impede que se considerem médias de prazos de

outras operações como parâmetro de comparação. No mesmo item, porém, já se concluiu que seria possível acatar a alegação de que a análise se iniciou antes das datas registradas em tal sistema.

653. As defesas examinadas no presente item apresentam alguns elementos a mais que os tratados no item 3.2.5., os quais merecem alguns comentários adicionais. De início, registre-se que a Nota AJ/JUCAD nº 007/2018, apresentada por diversas defesas, não foi localizada nos autos como encaminhada pelo BNDES. As defesas também não encaminharam os anexos contidos em tal nota, entre eles, diversas correspondências eletrônicas mencionadas no documento. De todo modo, é possível dar fé às informações, as quais são condizentes com outras cópias de mensagens enviadas, como por exemplo, as contidas na peça 424.

654. Deve-se ressaltar, também, que não fica claro nas mensagens o que se estava discutindo à época. Observe-se a mensagem de 12/9/2007, que menciona os seguintes anexos (peça 424, p. 211):

- OfferingCircular Memorandumde US\$ 250 mm
- OfferingCircular Memorandumde US\$ 120 mm
- Plano Potencial de M&A, incluindo status atual do processo

655. Não há informação sobre de que oferta se tratava, mas os valores são muito inferiores aos negociados na operação. É possível inferir que se tratasse de planos de captação de recursos ou de vendas de títulos já tentadas e frustradas. O fato é que não há certeza de que se discutia a operação efetivamente contratada. O denominado Plano Potencial de M&A tampouco faz essa vinculação.

656. O que se tem de concreto são evidências de que havia discussões entre as partes sobre algum assunto não identificado, já que não havia uma consulta formalizada. Considerando, porém, que a prática de iniciar discussões e negociações antes da formalização do pleito se observou em outras operações envolvendo frigoríficos, a indicar que essa não foi uma exceção, e concedendo aos responsáveis o benefício da dúvida, é possível acatar as alegações relativas aos prazos de análise praticados nas fases de Análise e Enquadramento.

657. No caso da fase de Análise, tomando como referência de início da análise a data do sistema, 22/1/2008, a análise teria formalmente finalizado em 64 dias, mais que os sessenta dias estabelecidos na Res. 1355/2006-BNDES, logo não haveria fundamento legal para se exigir prazo maior.

658. A instrução à peça 202 do TC 034.935/2015-0, em seu parágrafo 57, aponta que o conteúdo da apresentação de 25/2/2008 seria indício de que, naquela data, a análise já estaria praticamente finalizada, pois já se tinham definidas quase todas as bases da operação que seria realizada. Aqui é necessário voltar ao ponto sobre a confusão havida entre negociação, modelagem da operação e análise, propriamente dita.

659. O que ocorreu, de fato, é que não houve uma segregação entre essas atividades. A rigor, as bases da operação deveriam ser objeto do projeto apresentado pela proponente, o qual seria submetido à análise. Porém, não houve apresentação de um projeto e é possível concluir que o conteúdo da apresentação foi o resultado de meses de negociação, não de análise. Assim, de fato, sequer é possível precisar quanto tempo foi dedicado à análise. De todo modo, não se mostra possível adotar a data de 25/2/2008 como término dessa atividade.

660. A referência quanto à data do Enquadramento, por sua vez, não poderia ser tomada, pois, pela norma, a Análise não se inicia imediatamente após o Enquadramento, pois há que se aguardar a entrega, pelo postulante, do projeto da operação. Ainda assim, as outras razões já expostas conduzem ao acatamento das razões de justificativa quanto a esse ponto.

661. Para finalizar, cabe registrar que o Relatório de Análise é o somatório de diversas participações individuais, que podem ter ocorrido em prazos diversos. Dentro das circunstâncias, entende-se, assim, que o exame da adequação da análise empreendida deve-se concentrar em sua profundidade e qualidade, desconsiderando o prazo efetivamente praticado.

3.3.4. Conclusão sobre as alegações relativas à fase de Análise da operação de aporte na Bertin

662. Em relação ao item 11-a.1 do Despacho de 14/3/2018 e ao item 9.4.1.1. do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, concluiu-se não haver fundamento normativo para se considerar o tempo de análise como exíguo, já que, formalmente, ele foi superior ao mínimo exigido em norma. Na verdade, não há um marco inicial preciso do início da etapa de Análise da operação, pois esta se confundiu com as próprias negociações havidas.

663. Os justificantes não afastaram o fato de que a maioria das informações foi fornecida pelo postulante dos recursos, embora tenham demonstrado que em algumas seções foram agregadas informações de outras fontes.

664. O exame realizado concluiu pela manutenção das demais falhas imputadas, confirmando que a Análise não possuiu o embasamento necessário, em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, não examinou de forma criteriosa onde os recursos seriam efetivamente aplicados e não demonstrou que benefícios o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, especialmente em termos de geração de empregos.

665. Ante a falta de obrigatoriedade legal, a ausência de *due diligence*, isoladamente, não configuraria irregularidade, embora as circunstâncias da operação indiquem que se tratava de medida fortemente recomendada (item 9.4.1.3 do Acórdão 20154/2018 e 11-a.3 do Despacho). De todo modo, a não realização do procedimento corrobora outros indícios de falta de zelo na análise e aprovação da operação, restando confirmadas as demais irregularidades apontadas nesses itens e nos itens 9.4.1.2. do Acórdão e 11-a.2 do Despacho, quais sejam: ausência de levantamento apropriado do endividamento da recém-criada Bertin S.A. e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA. Também se confirmou a ausência de análise do limite máximo de exposição à Bertin, bem como a efetiva ultrapassagem desse limite (itens 9.4.1.5. do Acórdão e 11-a.5 do Despacho).

666. Por fim, embora tenham sido desconsideradas algumas análises econômico-financeiras realizadas pela unidade técnica, restou confirmada a irregularidade configurada em propor a realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira (item 9.4.1.4. do Acórdão e 11-a.4 do Despacho do Relator).

667. A confirmação das falhas na avaliação econômica da empresa também ratificou a atribuição de valor superior ao justo para a Bertin S.A., por ocasião do aporte, com o consequente recebimento, pela BNDESPAR, de quantidade de ações inferior à devida (item 9.4 do Acórdão). Concluiu-se, no entanto, pela impossibilidade de quantificação do montante dessa sobreavaliação e, consequentemente, do prejuízo causado à BNDESPAR.

4. ACOMPANHAMENTO DA OPERAÇÃO INICIAL

668. Conforme registrado no parágrafo 135 do Voto do Relator no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, concluiu-se haver indícios de dano nas duas operações analisadas exclusivamente nos presentes autos, cujo acompanhamento eficaz poderia ter evitado ou minimizado os danos observados.

669. Especificamente, o Voto refere-se ao acompanhamento da primeira operação – aporte na Bertin S.A. –, o qual poderia ter evitado a liberação das últimas parcelas do aporte, pela detecção

da incongruência das informações fornecidas pela Bertin e/ou de que a situação financeira da empresa deteriorava-se rapidamente (conforme já havia sido apontado no § 168 do voto que fundamentou o Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário).

670. Assim, determinou-se, no item 9.6.4. do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário:

nova análise da conduta dos membros da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S/A em 2008, **e da diretoria** em exercício durante o referido ano, **identificando**, mantidos os padrões já estabelecidos quando da análise da responsabilidade no TC 034.932/2015-1, **eventuais responsabilidades** pela ausência de cumprimento das funções de acompanhamento e avaliação que lhes cabiam, **pelos dois danos identificados** nas Seções V/VIII e IX do voto que fundamenta este acórdão;

671. Cumprida a determinação, a unidade técnica do Tribunal concluiu por isentar de responsabilidade pelos danos apurados nos presentes autos os membros da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S/A, em 2008, e da diretoria em exercício durante o referido ano, pois eles teriam envidado esforços no sentido de reduzir por completo o prejuízo suportado pela BNDESPAR em razão do presente investimento, ainda que não tenham logrado o êxito esperado, já que, dos R\$ 2,5 bilhões investidos, o montante de R\$ 670 milhões teria sido perdido, acarretando o débito apontado nestes autos. (Peça 671)

672. O Ministro Relator se manifestou sobre outros pontos do sobredito pronunciamento, mas não sobre esse ponto específico. Desse modo, os responsáveis não foram arrolados pelos danos identificados no processo, mas ainda resta pendente o exame das razões de justificativa apresentadas para as audiências realizadas em razão do Despacho de 14/3/2018, à peça 207 do TC 034.935/2015-0. As audiências foram as seguintes:

c) (...) membros da equipe técnica de acompanhamento da operação, por terem:

c.1) permitido que a maior parte dos recursos investidos na Bertin S/A, via participação acionária, fosse destinada majoritariamente à melhoria da estrutura de capital da empresa, em detrimento do cumprimento do Plano de Negócios, que previa a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes e implantação de novas unidades industriais, 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; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

c.2) negligenciado o elevado endividamento da Bertin S/A, pois, tendo conhecimento que a situação do endividamento da empresa se agravava rapidamente, não elaboraram um plano de contingência que pudesse equacionar o problema, e não levaram ao conhecimento da diretoria a situação da empresa, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, o disposto nos arts. 51, parágrafo único e 52, parágrafo único, das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução BNDES 1.463/2007, mas também as circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter acompanhado a operação, analisado as condições em que ela se desenrolava, 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;

d) (...) membros da Diretoria do BNDES, por:

d.1) não terem acompanhado a utilização e aplicação do elevado montante de recursos entregues à Bertin S/A via participação acionária, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76;

d.2) não terem exigido, da equipe técnica de acompanhamento da operação, informações sobre a situação financeira da Bertin S/A, concorrendo para que a situação de endividamento da empresa se agravasse, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, o disposto nos arts. 51, parágrafo único e 52, parágrafo único, das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução BNDES 1.463/2007, mas as

circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter acompanhado a operação, analisado as condições em que ela se desenrolava, 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;

4.1. Alegações

673. As defesas mencionam que o Contrato de Subscrição previu, em sua Cláusula Segunda ('Da Finalidade dos Aumentos de Capital'), que os recursos do banco destinar-se-iam a, entre outros itens, gerar capital de giro e melhorar a estrutura de capital da Bertin. Desse modo, a equipe de acompanhamento da Bertin não teria incorrido em nenhum erro ao cumprir a decisão da Diretoria da BNDESPAR e o disposto nos termos da avença, levando em consideração as necessidades criadas pela crise financeira mundial, bem como o papel institucional da BNDESPAR, e que a geração de capital não era um fim em si próprio e, pelo contrato, os recursos tinham outros objetivos.

674. Aduzem que o acompanhamento ou fiscalização da aplicação dos recursos investidos faz-se internamente, ou seja, no âmbito da própria investida, a partir de participação e monitoramento feito junto a seus órgãos estatutários, de forma dinâmica. Investiu-se na Bertin S.A. para que promovesse uma reestruturação de seu capital e levasse a cabo seu plano de negócios. Considerando que o processo de gestão de uma empresa demanda constantes revisões e adequações à realidade de mudanças de paradigmas de mercado e do cenário econômico, e, por decorrência, a necessidade de adaptação do referido plano, é que foi contratualmente acordado que o BNDES teria assento no Conselho de Administração da investida, consubstanciando tal previsão num expediente para que o acompanhamento da concretização do plano de negócios se desse de maneira continuada.

675. Ponderam que, enquanto em uma operação de concessão de crédito é dado ao banco de fomento ou desenvolvimento verificar a aplicação discriminada do montante investido em conformidade com o projeto financiado, no caso de uma operação de participação acionária, especialmente se o objetivo da colaboração financeira é permitir a expansão internacional, a atividade fiscalizadora principal é a de acompanhar a performance da empresa investida, levando em conta eventuais correções de rumo exigidas pelas circunstâncias de mercado e outras situações que possam vir a impactar a sua trajetória.

676. A alteração no Plano de Negócios, mediante aquisições não originalmente previstas, não configura, afirmam, qualquer irregularidade, mas a busca pelo melhor gerenciamento dos recursos. Por essa razão, o Acordo de Acionistas previu revisões anuais do Plano de Negócios da Bertin S.A., nos termos da sua Cláusula 4.1, 'b', XIV, bem como que aquisições de empresas seriam objeto de validação prévia pela BNDESPAR, conforme Cláusula 5.1, IX, o que não faria sentido se o Plano de Negócios estabelecesse uma lista fechada em que as aquisições não seriam passíveis de alteração. O que o Banco — e o contrato — exigia é que o aporte, independentemente da destinação dada pela companhia, se revestisse em benefício para a empresa, na melhoria de seu capital, em conformidade com os objetivos da instituição.

677. Do mesmo modo, o Contrato de Promessa de Subscrição teria definido que cada nova liberação de recursos apenas ocorreria com a comprovação da utilização dos recursos da liberação anterior, na forma de sua Cláusula 3.1.1, alínea 'i'.

678. Segundo os defendentes, a afirmação da equipe de auditoria do TCU de que a maior parte dos recursos teria sido destinada à melhoria da estrutura do capital não está correta. Aduzem que as destinações ao capital de giro e melhoria de estrutura de capital responderam por 40,6% do total de recursos liberados pelo Banco. A destinação a aquisições respondeu por 48,1% das aplicações e os investimentos em despesa de capital ou investimentos de bens de capital (CAPEX) corresponderam a 11,3%. Assim, a maior parte dos recursos foi destinada a aquisições e Capex,

totalizando 59,4%, e não para melhoria estrutural da empresa (peça 276, p. 56, e 1293, p. 31):

Destinações	1ª Liberação (R\$ mil)	2ª e 3ª Liberação (R\$ mil)	4ª Liberação (R\$ mil)	Total (R\$ mil)	Part. (%)
Capex	282.276,50	0,00	0,00	282.276,50	11,3%
Aquisições	444.497,50	525.272,00	231.566,39	1.201.335,89	48,1%
Vigor (56% da sua Controladora - Goult Participações Ltda.)	413.066,30	-	-	413.066,30	16,5%
Vigor (opção de compra – 44% da Goult Participações Ltda.)	-	434.796,00	-	434.796,00	17,4%
Vigor (minoritários)	-	-	231.566,39	231.566,39	9,3%
Novaprom Food Ingredientes	-	15.438,00	-	15.438,00	0,6%
Sampco (EUA)	-	52.800,00	-	52.800,00	2,1%
Rigamonti (Itália)	-	22.238,00	-	22.238,00	0,9%
Trump (China)	6.500,40	-	-	6.500,40	0,3%
Mirs Coldstore (Egito)	24.525,60	-	-	24.525,60	1,0%
Prometex (Mônaco)	405,30	-	-	405,30	0,0%
Capital de Giro	273.226,00	-	-	273.226,00	10,9%
Recomposição da estrutura de capital	0,00	274.728,00	468.363,27	743.091,27	29,7%
Total	1.000.000,00	800.000,00	699.929,66	2.499.929,66	100,0%

679. Remete-se ao Relatório da CAI BNDES, transcrevendo-se a seguinte conclusão:

De forma geral, a Comissão de Apuração conseguiu verificar a forma pela qual o acompanhamento da participação societária na Bertin foi realizado pelo AMC/DEPAC. Embora parte dos documentos para esse acompanhamento não tenha sido localizada no dossiê da operação (principalmente os contratos celebrados com as empresas adquiridas pela Bertin), há evidências de que os recursos aportados pela BNDESPAR na Bertin S.A. foram efetivamente aplicados na execução do Plano de Negócios apresentado pela Companhia, que foi previamente analisado pela BNDESPAR e que teve os respectivos aportes de recursos aprovados pelas Atas de Assembleias de Acionistas, conforme estabelecia o Contrato de Promessa de Subscrição de Ações firmado entre a BNDESPAR e os acionistas controladores da Bertin.

680. Refuta-se, também, que tenha havido negligência quanto ao elevado endividamento da Bertin. Remete-se aos supostos erros de análise do TCU, que teria confundido Bertin S.A. com Bertin Ltda., e aos efeitos da crise de 2008 sobre a situação financeira da empresa investida. Alega-se que se tratava de participação minoritária e que muitas informações só eram recebidas após algum tempo, notadamente, após a divulgação das demonstrações financeiras. ‘Portanto, em 2009 quando recebeu o fechamento do balanço relativo ao exercício anterior pode compreender melhor os avanços obtidos, assim como os desafios a serem superados’. (Peça 1293, p. 40-41)

681. Em outra passagem, em sentido diverso, é afirmado que ‘a situação financeira da Companhia Bertin S/A não deixou de ser acompanhada em momento algum pela equipe de AMC/DEPAC’. A equipe não só teria identificado a possibilidade de deterioração da situação financeira, como agido de forma objetiva exigindo de seus sócios, grupo Bertin, que também aportassem recursos próprios para mitigar o grau de alavancagem da companhia, antes mesmo que o 3º aporte fosse realizado. Neste sentido, a IP nº 163/08, de 5/12/2008, teria deixado transparente o grau de endividamento, mormente em relação ao EBITDA da Companhia (ou seja, endividamento x capacidade de geração de valor). (Peça 1293, p. 43-44)

682. Aduz-se que, além da demonstração do nível de alavancagem da empresa, a equipe de acompanhamento ainda relatou ao Diretor responsável as ações que estavam sendo feitas para tentar mitigar esta situação, como por exemplo a tentativa de emissão de novo título no mercado externo, o que restou descartado em razão das altas taxas de juros que estavam sendo exigidas.

683. As defesas argumentam, também, que, além de gerar caixa, a carteira de renda variável também representa um dos principais componentes do lucro líquido acumulado do Sistema BNDES. Apresentam que o resultado acumulado da carteira de renda variável da BNDESPAR,

entre dezembro de 2007 e dezembro de 2017, totalizou cerca de R\$ 19 bilhões, a despeito da crise de 2008 e da recessão entre os anos de 2014 e 2016, que resultaram em impacto significativo no mercado acionário brasileiro e consequente desvalorização dos ativos da carteira.

684. Afirma-se que imputar a responsabilidade que cabia à equipe de acompanhamento aos Diretores da BNDESPAR é contraditório com a orientação jurisprudencial do próprio Tribunal de Contas (Acórdão 6297/2013, 2ª Câmara, Voto do Ministro José Jorge).

685. Por fim, remete-se a pronunciamento exarado no âmbito da SecexEstataisRJ, em dezembro de 2018, em cumprimento ao determinado nos itens 9.6.1 a 9.6.3 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, em que a unidade técnica não vislumbrou responsabilidade pelos danos apurados nos presentes autos dos membros do Conselho de Administração do BNDES/BNDESPAR, assim como dos membros do Conselho Fiscal, do Comitê de Auditoria do BNDES/BNDESPAR, da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. em 2008, e da diretoria em exercício durante o referido ano.

4.1.1. Os problemas experimentados por Bertin não representam falha dos profissionais da BNDESPAR

686. Segundo as defesas, os impactos da crise econômica de 2008, somados às dificuldades no processo de profissionalização da empresa, que resultaram em falta de liderança e problemas de governança, contribuíram para que a Bertin enfrentasse dificuldades não antevistas, nem por seus controladores, nem pela BNDESPAR, ou mesmo pela agência especializada de risco, a Moody's (peça 429, p. 127).

687. Acentua-se que a Moody's reafirma o *rating* da Bertin, com possibilidade de *upgrade* em 27/11/2007 e somente passa a nota de crédito em revisão no dia 3/3/2009, muito depois da percepção e da atuação da equipe da BNDESPAR. Em 8/5/2009, a agência de risco rebaixa o *rating* da controladora Bracol, garantidora dos *bonds* de Bertin, e a coloca em perspectiva negativa. Em 24/6/2009, volta a afirmar um possível rebaixamento do *rating* da Bracol. Já em janeiro de 2010, após a operação de incorporação da Bertin pela JBS, a percepção muda e a perspectiva da Bracol se torna positiva.

688. Aduz-se que a teoria de finanças separa os riscos de investimentos em ações em dois tipos: (i) riscos intrínsecos ao mercado (não diversificáveis) e (ii) riscos individuais do investimento (também chamados de riscos diversificáveis). Apesar de fazer parte da atuação em mercado de capitais a exposição a riscos individuais, a teoria de carteiras demonstra que, quanto mais diversificada uma carteira, menor o componente de riscos individuais na performance. Por outro lado, o risco intrínseco de investir em ações (risco de mercado) é não diversificável.

689. No caso específico, teria havido uma deterioração generalizada de todos os mercados de renda fixa e variável pelo mundo, em decorrência de uma crise sem precedentes, com reflexos em todos os ativos. Muitas empresas quebraram, especialmente empresas exportadoras com dívidas em dólar. A materialização desse evento foi um exemplo de risco não diversificável, ou seja, os efeitos da conjuntura observada no investimento em Bertin se explicam muito mais por fatores de mercado do que por itens específicos da empresa.

690. Cientes dessa situação, as equipes da BNDESPAR, numa postura ativa de zelo e atenção para com os recursos públicos despendidos, reforçaram os contatos e reuniões de trabalho junto aos controladores da Bertin em busca de uma solução adequada para a empresa. Asseveram que, ao contrário do que concluíram os auditores do TCU, trata-se de um *case* de sucesso em termos de gestão de investimentos, pois, em um ambiente em que diversos participantes amargaram perdas relevantes em seus investimentos, a BNDESPAR logrou êxito em preservar seus ativos.

4.2. Análise das alegações

691. Em primeiro lugar, deve-se observar que não foram produzidos Relatórios de

Acompanhamento, como previsto no art. 52 do anexo à Res. 1.463/2007-BNDES. As Instruções Padronizadas IP AMC/DEPAC 116/2008, 127/2008 e 163/2008, assim como todos os demais documentos produzidos pela Equipe de Acompanhamento, como indicado pelo BNDES, não foram feitas com a finalidade estrita de acompanhamento da operação, mas sim, de requisitar autorização de participação e indicação de voto em assembleias gerais da Bertin, assim como autorização para as liberações de recursos (peça 127, p. 17, do TC 034.935/2015-0). No entanto, tais documentos acabaram cumprindo, ao menos em parte, essa função.

692. A primeira IP refere-se apenas a aprovações de alterações estatutárias e indicação de executivos, ações propostas pela Bertin e já previstas na operação. Assim, não evidencia qualquer ação de iniciativa da equipe de acompanhamento, ao contrário do alegado por alguns responsáveis. As outras duas IPs já apresentaram informações sobre a situação da empresa, e serão consideradas no exame a seguir.

693. Deve-se ponderar, inicialmente, que o pronunciamento exarado no âmbito da SecexEstataisRJ, em dezembro de 2018, examinou eventual responsabilidade da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. em 2008 e da diretoria em exercício durante o referido ano **pelos danos apurados** nos presentes autos. A conclusão foi que tais responsáveis agiram com o devido zelo em relação a buscar ‘reduzir por completo o prejuízo suportado pela BNDESPAR em razão do presente investimento’. A análise feita naquele pronunciamento não abarcou, então, as questões que foram objeto das audiências que ora se examinam.

694. Sobre a alegada valorização da carteira de renda variável, tal informação não é útil para a análise da questão. Não se discute no presente processo a valorização ou não das ações, o resultado econômico da operação, mas sim, os atos praticados na contratação das operações e, na presente seção, as ações voltadas ao seu acompanhamento. Os danos até aqui apontados decorrem dos atos praticados, não das flutuações ocorridas posteriormente, que poderiam levar a grandes lucros ou, no extremo oposto, a grandes prejuízos.

695. O capítulo VI das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução 1.463/2007-BNDES, trata do Acompanhamento. O art. 51 é explícito em afirmar que ‘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 empresas do Sistema BNDES’ (destaques acrescidos). Resta claro, então, que: i) a atividade de acompanhamento se aplica à operação aqui tratada; ii) o acompanhamento não era uma atividade passiva, de mera observação dos fatos e demonstrativos publicados, mas exigia atuação proativa e tempestiva dos responsáveis. De pronto, rejeitam-se as alegações em sentido contrário.

696. Em linha com a própria alegação mencionada no parágrafo 675, se o objetivo principal era a expansão internacional, dever-se-ia agir para que esse intento fosse alcançado, exigindo que as ações previstas para tal finalidade fossem cumpridas.

697. Conforme visto no item 3.3. desta instrução, referente à fase de Análise da operação de aporte na Bertin, não ficou definido claramente, quando da aprovação da operação, onde seriam aplicados os recursos, sendo remetido para o Plano de Negócios a definição do quanto seria aplicado em cada um dos objetos alvos da operação (aquisições no Brasil; aquisições no exterior; investimentos em ativos próprios; capital de giro e melhoria da estrutura de capital).

698. O primeiro item de audiência aponta que teria havido destinação majoritária de recursos à melhoria da estrutura de capital da empresa, descumprindo o Plano de Negócios. As defesas alegam, em suma, que: tal aplicação estava prevista em contrato; o Plano de Negócios poderia ser alterado; a afirmação da audiência seria falsa, pois somente o equivalente a 29,7% dos

recursos foram destinados à melhoria da estrutura de capital da Bertin.

699. Inicie-se pela análise desse último argumento, o qual, na verdade, já havia sido rejeitado pelo Tribunal. Tomando como referência a tabela apresentada no parágrafo 678, temos que a grande distorção do argumento são os números alocados a título de ‘Aquisições’, referentes à aquisição de 56% da Vigor/Goult Participações. Do valor informado na coluna concernente à primeira liberação (R\$ 444 milhões), R\$ 208 milhões já teriam sido desembolsados pela empresa até janeiro de 2008. Assim, a rigor, tal valor deveria ser alocado como recomposição da estrutura de capital, conforme indicado na observação contida no Quadro de Usos e Fontes e na Cláusula 3.1.1, ‘j’, do Contrato de Promessa de Subscrição (peça 53, p. 7, do TC 034.935/2015-0). No entanto, a instrução à peça 202 do TC 034.935/2015-0, p. 30, acatou que o gasto com essa compra fosse alocado como comprovação da aplicação dos recursos recebidos, a título de investimentos, considerando-o como tal nos cálculos realizados.

700. Mantendo o entendimento anterior, tal valor, desembolsado antes do aporte do BNDES, fica reconhecido como investimento. O valor restante relativo a essa aquisição, porém, como apontado na referida instrução e no Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, seria pago de forma parcelada, logo somente poderia ser reconhecido como investimento quando efetivamente utilizado para tal, ou seja, para o pagamento das parcelas.

701. Também de forma inaceitável, considerou-se que R\$ 435 milhões, do total de R\$ 800 milhões referentes às 2ª e 3ª Liberações, teriam sido aplicados em ‘Aquisições’, na compra dos 44% restantes da Vigor, quando a compra, igualmente, foi feita de forma parcelada. Apenas o valor de R\$ 35 milhões foi aplicado no período, para pagamento da primeira parcela da opção de compra.

702. É de se estranhar que a equipe de acompanhamento tenha aceitado o reconhecimento da aplicação de tais valores, pois na IP AMC/DEPAC 127/08 informou-se que o valor referente à aquisição de 50% da empresa Novaprom ‘não foi incluído na primeira liberação em decorrência do pagamento ter sido efetivado somente no mês de julho...’ (sic). O mesmo critério deveria ter sido aplicado aos pagamentos vincendos referentes à Vigor. (Peça 106 do TC 034.935/2015-0)

703. O desembolso referente ao pagamento aos minoritários da Vigor, mencionado na coluna relativa à 4ª Liberação, também foi questionado na instrução, já que o repasse foi feito em dezembro de 2008 e a compra dos minoritários em fevereiro de 2009. Nesse caso, é possível acatar a alocação, já que os recursos teriam que estar disponíveis para a Bertin quando da compra, e o pagamento seria à vista.

704. Assim, a afirmação da equipe de auditoria do TCU de que a maior parte dos recursos teria sido destinada à melhoria da estrutura do capital é verdadeira, pois até que os pagamentos das parcelas referentes à Vigor atingissem determinado montante, a maioria dos recursos aportados serviu a essa finalidade.

705. Como colocado na instrução à peça 202 do TC 034.935/2015-0, ‘A principal premissa desse Plano de Negócios era o crescimento da empresa a partir da consolidação e internacionalização de suas operações por intermédio da aquisição de outras empresas, que consumiria 86% dos recursos do projeto’. O próprio RAn registra que os gastos em capital de giro e melhoria da estrutura de capital seriam residuais (peça 1448 p. 3, item 2.8.1):

Vale ainda esclarecer que a operação em tela está vinculada a um Plano de Negócios que contempla aquisições de outras empresas e/ou ativos, sendo que o restante dos recursos pode ser utilizado na expansão e modernização de plantas, capital de giro associado à essa expansão/modernização e melhoria da estrutura de capital da BERTIN S/A.

706. Em conclusão, o BNDES e os responsáveis distorcem os números para justificar que recursos adiantados à Bertin, para utilização em datas futuras, teriam a finalidade de cobrir

aquisições, quando nitidamente eles serviram para gerar capital de giro e reduzir, ainda que por um período, o endividamento líquido da empresa. Além disso, os 40,6% formal e definitivamente destinados a capital de giro e à melhoria da estrutura de capital, superaram, e muito, os 14% previstos no RAn para essas e outras finalidades.

707. É correta a alegação de que o Plano de Negócios poderia ser alterado, conforme previsto em contrato. Ocorre que o que se verificou não foi uma alteração do documento. Na verdade, ele foi praticamente ignorado. Não há, nas análises das aplicações dos recursos, qualquer cotejamento dos gastos com o que estava previsto no Plano de Negócios. Já se registrou nessa instrução que tal Plano não definia com exatidão a destinação dos recursos, logo não havia valores de referência para a alocação em cada ação, exceto pelo valor total de cada ativo alvo. Porém, como já colocado, e considerando que o somatório desses valores superava, e muito, o aporte do BNDES, era de se esperar que este fosse quase todo consumido nas aquisições.

708. Conforme também já anotado, a utilização dos recursos em capital de giro e melhoria da estrutura de capital deveria ser residual. Não havia previsão para essa rubrica no Plano de Negócios. No entanto, para fundamentar a alocação de R\$ 275 milhões (34% da 2ª Liberação) nesta finalidade, recorreu-se à cláusula 1.5 do Acordo de Acionistas, que mencionava todos os objetivos declarados na carta consulta, sem especificação de valores. O mesmo fundamento foi usado ao se propor, na IP AMC/DEPAC 163/2008, a liberação de mais R\$ 468,4 milhões para a mesma finalidade. Os dois valores somados correspondiam a 37% dos R\$ 2 bilhões destinados a aquisições. (Peça 107 do TC 034.935/2015-0)

709. Alega-se que correções de rumos podem ser necessárias, o que é verdade. A questão é se isso foi feito de forma adequada. A equipe de acompanhamento, na IP 127/2008, apontou a situação de endividamento da Bertin, inclusive deixando claro que **era uma situação pré-existente ao ingresso da BNDESPAR na empresa**. O fato, que não chegou a ser surpresa, dada a situação da empresa, é que ela não conseguiu obter novos empréstimos, que lhe permitiriam alongar o perfil da dívida, quitando algumas de curto prazo. Observe-se que isso não modificaria os principais índices de endividamento, apenas alteraria os prazos de vencimento.

710. A situação até esse momento, setembro de 2008, não decorria da crise do *subprime*, a qual somente se materializou naquele mês, como apontado até por algumas defesas (v. parágrafos 256 e 262). A própria IP sequer menciona a crise e registra a expectativa de que a Bertin conseguisse os empréstimos nos meses seguintes.

711. Admitindo-se, porém, que já haveria nesse momento uma situação a exigir uma ‘correção de rumos’, caberia à equipe de acompanhamento, em linha com a finalidade de ‘prevenir e/ou solucionar situações que coloquem em risco (...) o investimento’: identificar e relatar adequadamente o problema; e propor a correção propriamente dita.

712. No caso, foi apontado o endividamento, mas faltou informar que parte do valor da 1ª liberação estava no Caixa da Bertin, já servindo à redução do endividamento líquido. E significativa parte do valor da 2ª liberação, destinada a investimentos, também ficaria por meses no Caixa da empresa. Assim, a contribuição imediata da BNDESPAR para a melhora da estrutura de capital da Bertin era bem maior que os R\$ 275 milhões assim identificados na 2ª liberação.

713. Além disso, a equipe de acompanhamento não apresentou qualquer proposta efetiva para a solução do problema. Não há, nas instruções padronizadas, qualquer comentário ou proposição sobre eventual alteração do Plano de Negócios, reduzindo investimentos, ou até incluindo desinvestimentos. Tampouco se verifica uma análise da expectativa de evolução futura da situação financeira da empresa.

714. A Bertin informa, na carta em que pleiteia a 3ª liberação, que ‘Com sua estrutura de capital recomposta, a empresa poderá dar continuidade à execução de seu Plano de Negócios 2008,

que incluiu a realização de investimentos em crescimento orgânico e por aquisições, o que consolidará, ao final de 2009, a posição de *player* global da Companhia'. Mas não há qualquer informação sobre as novas fontes de recursos, em substituição aos que foram direcionados ao Caixa. Ora, se esses mesmos recursos fossem posteriormente usados para aquisições, os índices de endividamento piorariam novamente. Como também seriam afetados negativamente à medida que os recursos que ficaram em Caixa fossem usados para pagar as parcelas da compra da Vigor.

715. A instrução da unidade técnica (peça 202 do TC 034.935/2015-0) reconhece que, em determinado momento, não havia outra solução para a BNDESPAR, a não ser injetar mais recursos na Bertin, de forma a evitar o vencimento antecipado de dívidas, o que poderia agravar ainda mais a situação da empresa. Mas está claro que a destinação definitiva de R\$ 743 milhões para capital de giro e melhoria da estrutura de capital não estava prevista no Plano de Negócios e certamente comprometeria a realização de boa parte das aquisições nele previstas.

716. São essas questões que deveriam ser tratadas no acompanhamento e endereçadas em 'plano de contingências', como definido nas audiências realizadas. A única ação efetiva praticada foi exigir da Bracol o aporte de R\$ 200 milhões, antes da 3ª liberação. Foi, de fato, uma ação positiva, mas não endereçava uma solução definitiva para a questão.

717. Alega-se, ainda, que foi exigida da Bertin uma solução para o problema, o que a levou a buscar a associação com outras empresas – inicialmente, a Marfrig e em seguida a JBS, pela qual acabou sendo incorporada. Além de não ter havido comprovação do momento em que tal medida foi adotada, tal alegação não afasta o fato de que os recursos foram integralmente liberados, mesmo se evidenciando o desvio do Plano de Negócios.

718. Por fim, embora não tenha cumprido todo o objetivo do acompanhamento, deve-se acatar a alegação de que o assunto foi levado ao conhecimento do Diretor da Área de Mercado de Capitais, a quem caberia dar conhecimento à Diretoria.

719. Em conclusão, verifica-se que a equipe de acompanhamento registrou, em parte, a situação de endividamento da Bertin, porém falhou em: não apontar os valores que foram alocados a título de investimentos mas estavam no Caixa da empresa, assim como o reflexo disso nos índices de endividamento; não analisar a evolução futura dos indicadores de endividamento, quando tais recursos fossem efetivamente utilizados para pagamento das parcelas vincendas das aquisições; não apontar a necessidade de reavaliação do Plano de Negócios, em decorrência da destinação de recursos para melhoria da estrutura de capital em quantidades maiores que as esperadas; e ao não propor medidas para a solução dos problemas.

720. Assim, é possível acatar apenas parcialmente as razões de justificativa, no que tange ao acompanhamento do endividamento e à informação da situação à Diretoria.

721. A responsabilidade dos membros da Diretoria do BNDES sobre as falhas observadas no acompanhamento será examinada no item 7.4 da instrução.

5. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DA BERTIN S.A. PELA JBS S.A.

722. Conforme registrado no Voto do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, a rápida deterioração da situação financeira da Bertin, configurada no demonstrativo anual de 2008, levou os interessados – Bertin e BNDESPAR – a procurarem uma solução consistente na incorporação ou aquisição da empresa por outro grande *player* do mercado.

723. A primeira empresa a analisar a aquisição da Bertin, a partir de julho de 2009, teria sido a Marfrig. Durante a negociação, a empresa Itaú BBA, em agosto de 2009, avaliou a Bertin S.A. em aproximadamente R\$ 5,537 bilhões. Considerando o montante da avaliação, a participação da BNDESPAR na Bertin, no percentual de 26,92%, estaria valendo, nesse momento, R\$ 1,49

bilhão, 'o que representaria uma perda de R\$ 1,01 bilhão no valor do investimento realizado no exercício anterior'. Segundo a unidade técnica, esse foi o principal motivo para a negociação com a Marfrig não ter ido adiante (§§ 185 e 186 da instrução).

724. No início de 2008, para efeito de análise do apoio financeiro solicitado pela Bertin, a BNDESPAR realizou uma avaliação da empresa, obtendo valor estimado em aproximadamente R\$ 6,655 bilhões, ao qual deveria ser ainda adicionado, para efeito de comparação com o valor encontrado pelo Itaú BBA, os R\$ 2,5 bilhões aportados no referido exercício, o que resultaria no valor de aproximadamente R\$ 9,2 bilhões (valor esse que, conforme discutido na Seção III do voto, foi superestimado).

725. Na avaliação realizada no primeiro trimestre de 2008, a BNDESPAR utilizou um EBIT (lucro antes dos juros e tributos) projetado para todo o exercício de 2008 da ordem de R\$ 649,9 milhões. Ocorre que o EBIT efetivamente observado em 2008 foi da ordem de R\$ 409,4 milhões, 37% inferior. O Voto destaca, ainda, que, apesar do aporte realizado, a dívida da Bertin aumentou em R\$ 1,8 bilhão durante o mesmo exercício (parágrafo 66 do parecer do diretor). Uma vez que o EBIT e o valor da dívida detêm influência determinante no resultado do fluxo de caixa descontado, seria de se concluir que uma nova avaliação realizada com mesmo método no início de 2009, considerando a influência do EBIT efetivo de 2008 e da dívida ao final do exercício, resultaria em valor inferior aos R\$ 6,655 bilhões anteriormente obtidos (parágrafo 72 do parecer do diretor), aí já incluídos os R\$ 2,5 bilhões da BNDESPAR. Assim, conclui o Relator:

70. Entretanto, e como existem outros fatores que influenciam o resultado do referido método de avaliação do valor econômico de uma empresa, entendo razoável considerar, de forma extremamente conservadora, como fez a unidade técnica, que um novo valor econômico obtido por meio dessa hipotética avaliação realizada em 2009, mantidos os demais dados e parâmetros de entrada utilizados pela BNDESPAR em 2008, teria se mantido em R\$ 6,655 bilhões ou menor, aí já considerados o aporte de capital realizado. Ora, 26,92% de R\$ 6,655 bilhões equivale a R\$ 1,79 bilhão (§§ 71 a 73 do parecer do diretor). Dessa forma, mesmo em se mantendo critérios conservadores, isso **representaria uma perda de aproximadamente R\$ 708 milhões no investimento realizado pela BNDESPAR de um exercício para outro.**

726. A partir do insucesso da tentativa realizada com a Marfrig, iniciou-se a construção da aquisição da Bertin pela JBS. Foi, então, realizada uma nova avaliação da Bertin, pela consultoria Apsis, que resultou em um valor econômico da ordem de aproximadamente R\$ 13,562 bilhões (parágrafo 235 da instrução da unidade técnica). O Relator destaca que essa nova avaliação destoava profundamente da que havia sido realizada pelo Itaú BBA na mesma época (R\$ 5,537 bilhões) e, também, daquela obtida a partir da atualização de valores da avaliação realizada pelo BNDES no exercício anterior (R\$ 6,655 bilhões) (parágrafo 237 da instrução). Conforme consta no Voto:

76. O Sr. Diretor aponta que esse resultado da empresa Apsis foi obtido utilizando um EBIT de R\$ 1,255 bilhão para o ano de 2010, equivalente a um aumento da ordem de 131% sobre o EBIT efetivamente observado no ano de 2009, imediatamente anterior, e 207% superior ao efetivamente observado no ano de 2008, o que de forma alguma seria compatível com a situação financeira precária da Bertin (§§ 83 e 84 do parecer). Ademais, a Apsis projetou a realização de investimentos pela Bertin da ordem de R\$ 2,421 bilhões nos cinco anos seguintes, quando a expectativa seria a de que a empresa teria que realizar desinvestimentos de forma a poder arcar com o vencimento de seu elevado endividamento, o que a impediu, inclusive, de encontrar quem se dispusesse a conceder novos financiamentos (§§ 85 e 86 da instrução). Por fim, a Apsis utilizou um índice de crescimento da Bertin, na perpetuidade, da ordem de 3%, o qual não encontra equivalente nas empresas do mesmo setor econômico (§ 87 do parecer). Quanto a isso, é de se chamar a atenção para o fato de que tanto o BNDES quanto o ITAU BBA utilizaram uma taxa de 1,5% em suas avaliações da Bertin, e que esse percentual de 3% nunca havia sido utilizado pelo BNDES em qualquer das suas avaliações de valor econômico de empresas do mesmo setor econômico (§ 238 da instrução). A

conclusão do Sr. Diretor, foi no sentido de que se trata, ‘portanto, de projeção muito desarrazada em relação à realidade da empresa’ (§ 88 do parecer).

727. Conforme registrado pelo Relator, a relação de troca de ações, ao final, não seguiu estritamente essas avaliações, sendo estabelecida em aproximadamente 39,25% para a Bertin e 60,75% para a JBS. Tal relação corresponde ao número de ações emitidas pela JBS (929.392.550 novas ações), relativamente ao número de ações existentes anteriormente (1.438.078.926 ações).

728. Ainda segundo o Relator, essa relação de troca apresenta-se incoerente com o que se obteria considerando o valor nominal atribuído às ações na Assembleia Geral de Acionistas da JBS (R\$ 12,89 cada). É que as novas 929.392.550 ações, que seriam utilizadas para troca pela integralidade das ações da Bertin, teriam, assim, o valor aproximado de R\$ 11,987 bilhões (§§ 240 e 243 da instrução). No entanto, o capital social da JBS anteriormente registrado era de R\$ 4,496 bilhões. E, de fato, o novo capital social registrado foi de R\$ 16,483, correspondente à soma dos valores mencionados. Por esses valores, a Bertin valeria mais que a JBS.

729. O Ministro Relator também aponta que a relação entre os valores atribuídos às duas empresas era ‘coincidentemente bastante próxima da relação entre os patrimônios líquidos a preço de mercado das duas empresas, apesar de não haver qualquer relação necessária de proporcionalidade entre valores econômicos e patrimônios líquidos de duas empresas diferentes’. Tais valores também foram calculados pela Apsis Consultoria, que atribuiu para o patrimônio líquido da JBS o valor de R\$ 6,564 bilhões e para o da Bertin, R\$ 4,155 bilhões (61,23% e 38,77%, respectivamente).

730. Contabilmente, a BNDESPAR registrou o ‘resultado da incorporação da Bertin’ à JBS, com essa denominação, em 29/12/2009, pelo valor de R\$ 2,453 bilhões (parágrafo 93 do Voto). Esse valor é próximo ao obtido se subtrair-se a parcela do capital social detida pela BNDESPAR na nova JBS, após a incorporação ($18,5\% \times R\$ 16,483 \text{ bilhões} = R\$ 3,049 \text{ bilhões}$) do que ela detinha antes ($13\% \text{ de } R\$ 4,496 \text{ bilhões}$): $R\$ 3,043 \text{ bilhões} - R\$ 0,584 \text{ bilhão} = R\$ 2,465 \text{ bilhões}$.

731. O Ministro Relator destaca a importância da relação ou proporção entre os valores econômicos das empresas envolvidas em qualquer aquisição ou incorporação estruturada por meio de troca de ações, o que deveria embasar a relação de troca entre as ações. No caso sob análise, não se tem notícia de ter sido realizada uma nova avaliação da JBS na mesma época, o que deixa dúvidas sobre como se utilizou o valor econômico encontrado para a Bertin S.A. e como se chegou à relação de troca de ações entre as empresas.

732. Acerca da negociação com a JBS para a incorporação da Bertin, o Relator destaca a falta de clareza sobre como se iniciou tal negociação, ‘até porque foi entabulada, pelos menos formalmente, pelas duas empresas interessadas, Bertin e JBS’:

72. No âmbito da BNDESPAR, as referências à aquisição da Bertin pela JBS aparecem no bojo de uma outra operação, relacionada ao aporte de capital da BNDESPAR na JBS para aquisição da empresa norte-americana Pilgrim’s Pride, operação essa em apreciação por este Tribunal no âmbito do TC 034.932/2015-1. Nos documentos relacionados a essa outra operação há referência ao aporte de capital na JBS, pela BNDESPAR, no montante de US\$ 2 bilhões (R\$ 3,5 bilhões), parte dos quais para ‘melhoria da estrutura de capital’ da JBS após aquisição da Pilgrim’s e da Bertin, ambas com elevadas dívidas. Como o pedido inicial apenas para aquisição da Pilgrim’s montava a US\$ 1,5 bilhão (R\$ 2,625 bilhões), pode-se deduzir que US\$ 500 milhões (R\$ 875 milhões) foram adicionados em razão da inclusão do apoio à aquisição da Bertin no negócio (§ 196 da instrução). Não obstante, não existe qualquer documento que informe por que esse montante seria necessário e de que forma seria utilizado.

73. Referências também aparecem nos documentos de acompanhamento relacionados à operação de aporte de capital na JBS para aquisição das empresas norte-americanas National Beef e

Smithfield Foods. Uma vez que os órgãos antitruste americanos vedaram a aquisição da National Beef, o valor a ela correspondente, US\$ 800,6 milhões, após um longo processo, foi autorizado a permanecer em poder da JBS, como apoio adicional à aquisição da Pilgrim's e da Bertin (§§ 203 a 212 da instrução). Não restou claro qual montante seria destinado a apoiar qual dessas aquisições e novamente não há qualquer análise relacionada à eventual necessidade desses recursos.

733. Assim, concluiu o Relator:

74. (...) a partir dessas referências expressas, contidas em documentos de emissão do próprio BNDES, que houve uma participação ativa do banco nas negociações, a ponto de haver incluído em novas operações de aporte de capital na JBS ou transferido de operações anteriores elevadas parcelas de recursos a título de apoio financeiro à aquisição da Bertin.

734. O Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário não determinou audiência ou citação específica para os funcionários e administradores que participaram da operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS, porém ordenou que se transferisse para a tomada de contas especial o exame das audiências determinadas no Despacho à peça 207 do TC 034.935/2015-0. São elas, resumidamente:

e) Joesley Mendonça Batista, Victor Garcia Sandri, Guido Mantega, e Luciano Galvão Coutinho, por associação ilícita destinada a obtenção/concessão de vantagens indevidas ao Grupo JBS – conforme descrição da mesma 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 operação de apoio financeiro da BNDESPAR, para viabilizar operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A, com falhas em sua análise, em sua aprovação e em seu acompanhamento, conforme descrito nos itens 'f' a 'j' a seguir;

f) participantes da 240ª Reunião do Comitê de Enquadramento de Crédito, de 24/11/2009, pela aprovação de enquadramento de operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A, mediante apoio financeiro da BNDESPAR, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S/A, de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.;

g) responsáveis pela elaboração do Relatório de Análise AMC/DEINV 04/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009:

g.1) por meio do qual propuseram o não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S/A pelo BNDES, que lhe facultaria a possibilidade de inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin S/A na operação de transferência do controle da companhia com base em valores constantes do Acordo de Acionistas;

g.2) no qual se omitiram com relação ao valor econômico da Bertin S/A calculado pela empresa Apsis Consultoria Ltda., que não representava efetivamente a realidade da empresa, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto, e o objeto social da BNDESPAR, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, mas 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;

h) participantes da Decisão de Diretoria 136/2009-BNDESPAR, de 22/12/2009, por aprovarem a operação de incorporação da Bertin S/A pela JBS S/A, com base no Relatório de Análise Conjunto AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009:

h.1) que propunha o não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S/A pelo BNDES, que lhe facultaria a possibilidade de inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin S/A na operação de transferência do controle da companhia com base em valores constantes do Acordo de Acionistas;

h.2) que se omitia sobre o valor econômico da Bertin S/A calculado pela empresa Apsis Consultoria Ltda., que não representava efetivamente a realidade da empresa, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto, e o

objeto social da BNDESPAR, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, mas 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;

i) membros dos Conselhos de Administração do BNDES e da BNDESPAR nos exercícios de 2009 e 2010 e seus suplentes, participantes da ROC 1/2010 - BNDES, ROC 4/2009 e 2/2010 - BNDESPAR, em razão da omissão em sua competência fiscalizadora na operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A, ocorrida mediante apoio financeiro da BNDESPAR, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S/A, de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.;

j) membros dos Conselhos Fiscais do BNDES e da BNDESPAR nos anos de 2009 e 2010, em razão da omissão em sua competência fiscalizadora na operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A, ocorrida mediante apoio financeiro da BNDESPAR, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S/A, de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.

735. Vale recordar que, posteriormente ao Despacho, conforme anotado nos parágrafos 32 e 40, os Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri tiveram suas responsabilidades excluídas e a TCE foi sobrestada em relação ao Sr. Joesley Batista e à empresa JBS S.A.

736. Passa-se, assim, às alegações dos responsáveis e respectivos exames. As alegações das pessoas indicadas no parágrafo anterior serão analisadas em seus aspectos objetivos, tendo em vista a possibilidade de aproveitarem aos demais responsáveis.

5.1. Aspectos gerais da operação

737. Os defendentes refutam o contido no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, no sentido de que os técnicos e dirigentes da BNDESPAR atuaram ativamente para a concretização da operação. Afirmam que, constatadas as dificuldades experimentadas pela Bertin por conta da crise de crédito global na sua atividade, a BNDESPAR, na sua condição de acionista minoritária, demandou dos controladores uma solução para a empresa. O grupo de controle da empresa vislumbrou na incorporação com a JBS a medida mais adequada para se adaptar às mudanças de cenário e às novas circunstâncias econômicas.

738. Afirma-se que a equipe de auditoria não se baseou em fatos, nem circunstâncias, nem acontecimentos, mas somente em uma pressuposição: a de que a operação de incorporação da Bertin pela JBS tinha o intuito de 'mascarar um mau negócio'. Ou seja, no pensar da equipe de auditoria do TCU, tudo não teria passado de uma operação pouco transparente que, desde o início, objetivou alcançar um resultado supostamente ilegítimo: salvar o investimento da BNDESPAR, que, como o Relatório de Instrução afirma, originou-se num estratagema sinistro dos controladores da Bertin. Apontam as defesas que, 'para a equipe de auditoria houve, na realidade, uma grande conspiração entre os controladores da Bertin e da JBS e a BNDESPAR com o objetivo de salvar o investimento realizado por essa última na primeira'.

739. Repete-se a alegação já apresentada pelo BNDES de que a operação de incorporação da Bertin pela JBS envolveu não apenas a BNDESPAR, mas uma miríade de acionistas minoritários, vários deles com atuação internacional, grupos sobejamente conhecidos no cenário financeiro mundial, bem como o órgão regulador do setor, a CVM. No entanto, investidores e acionistas não manifestaram qualquer tipo de discordância ou insatisfação com a operação.

740. As irregularidades notadas pela equipe de auditoria do TCU, quase dez anos após os fatos, estariam claramente distorcidas por informações e notícias que vieram a público anos após a operação e que eram desconhecidas pelos técnicos e dirigentes do BNDES e mercado em geral. Destaca-se que não havia nenhum indício da existência de qualquer irregularidade que pudesse ser notada pelas pessoas diretamente impactadas pela operação à época dos fatos, isto é, os minoritários da JBS não se insurgiram contra a operação, que, no entender do Pronunciamento da Subunidade,

teria resultado num prejuízo ‘bem relevante’ aos acionistas da JBS.

741. Também se repete a alegação de que a BNDESPAR encontrava-se impedida de participar de qualquer deliberação tendente a aprovar ou não o processo de incorporação da Bertin pela JBS, na medida em que era acionista das duas empresas.

742. Embora evidente que uma operação desse tipo traria benefícios para a BNDESPAR, na medida em que traria uma solução para a situação da Bertin, que, naquele momento, encontrava-se sem capacidade financeira de dar continuidade ao seu plano de crescimento e de acompanhar os movimentos estratégicos do setor, isso seria muito diferente de se envolver diretamente na operação, deliberando e impondo condições às partes interessadas. ‘Seja como for, o interesse da BNDESPAR numa operação dessa natureza consistia no encaminhamento da situação da Bertin’. O interesse da BNDESPAR era absolutamente legítimo e juridicamente irrepreensível. (Peça 529, p. 106)

743. Questiona-se suposta conclusão da equipe de auditoria de que a BNDESPAR teria agido de maneira indevida ou incorreta ao dar apoio à JBS para que incorporasse Bertin, mencionando o seguinte trecho do Relatório de Instrução:

101. E o prejuízo aos sócios minoritários da JBS, proprietários de 49,9% das ações da empresa, inclusive ao próprio BNDES, jamais foi ressarcido.

102. A prática em questão constitui fraude contra minoritários, **falta gravíssima contra o sistema financeiro e, em especial, o mercado de capitais**, que foi capitaneada pela BNDESPAR, cujo objeto social, segundo o artigo 4º, inciso IV, de seu Estatuto Social, seria ‘contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, por intermédio do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital de empresas’.

744. Aduz-se que a BNDESPAR nada aprovou, mas apenas constatou que o negócio, nos termos em que firmado, atendia aos seus interesses. A operação de incorporação foi aprovada pelos respectivos controladores e pelos acionistas das empresas em assembleia, inclusive, pelos minoritários da JBS, que, segundo o Pronunciamento da Subunidade, teriam sido ‘fraudados’.

745. A BNDESPAR não teria qualquer tipo de relação ou responsabilidade sobre elisão fiscal que, posteriormente, os controladores tenham feito, por meio de manobras societárias. Fiscalizar o recolhimento de tributos fugiria à missão institucional da BNDESPAR, que é o de fomentar o desenvolvimento do mercado de capitais. Isso caberia a outros órgãos de controle.

Neste sentido, alude-se ao voto do Ministro Relator no acórdão 2.154/2018:

122. (...) não há nos autos qualquer indício no sentido de que o banco tenha tido conhecimento dessa transferência de ações dos controladores da Bertin para os controladores da JBS. Considerando que tal operação não foi à época tornada pública, tudo indica que interessava às partes diretamente envolvidas manter o sigilo. Na ausência de indícios de participação do banco ou de seus empregados e gestores, tal transferência pode ter sido uma condição imposta pelos controladores da JBS aos controladores da Bertin para que o negócio fosse concluído. Tratando-se de questão apenas por eles decidida e implementada, apenas eles devem ser responsabilizados por tal eventual dano ao BNDES.

5.1.1. A Comissão de Valores Mobiliários aprovou a operação

746. Menciona-se que a CVM analisou a operação, no Processo Administrativo CVM nº RJ2009/12822, instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas (‘SEP’) da autarquia. Inicialmente, a CVM alertou que:

(...) a análise empreendida no âmbito da atividade de supervisão desenvolvida pela SEP tem como objetivo, basicamente, verificar nos limites da competência legal atribuída à CVM, se houve aderência à regulamentação aplicável e ao Estatuto Social da companhia aberta, se as informações foram adequadamente divulgadas ao mercado e se a decisão negocial foi tomada

fundamentadamente e por órgão societário competente. A CVM não analisa, é bom ressaltar desde logo, o mérito das decisões negociais adotadas na gestão de companhias abertas. Eventualmente, e se for o caso, a Autarquia apura a conduta dos administradores e acionistas controladores das companhias abertas à luz dos deveres fiduciários, previstos na Lei nº 6.404/76.

747. Afirmam que a ressalva da CVM de que não analisa o mérito das decisões negociais adotadas na gestão de companhias abertas deriva da teoria do *business judgement rule*, mas que ainda assim a autarquia julgou regular a operação envolvendo a reestruturação societária que teria como uma de suas etapas a incorporação da totalidade das ações de emissão da Bertin S.A. pela JBS S.A., mencionando a passagem a seguir:

Diante de todo o exposto e considerando (i) a aprovação da operação de incorporação das ações de emissão da Bertin S/A S.A. pela JBS S.A. em AGE, realizada em 29 de dezembro de 2009; (ii) a aprovação da operação de incorporação da Bertin S/A S.A. pela JBS S.A. em AGE, realizada em 31 de dezembro de 2009; (iii) não haver indícios de irregularidades na operação; e (iv) não haver, até o presente momento, reclamação de investidor, sugiro o arquivamento deste processo.

748. Menciona-se que a unidade técnica do TCU, em 12/12/2018 (peça 867 do TC 034.935/2015-0), teria reconhecido que ‘o BNDES acabou obtendo ganho de R\$ 57.300.989,77 nesta operação, (...) remanescendo a responsabilidade por eventuais prejuízos aos demais acionistas minoritários da JBS, cuja competência pertence à Comissão de Valores Mobiliários’. Assim, a competência para essa avaliação foge à esfera de atuação da Corte de Contas, cabendo à CVM, a qual já se manifestou sobre a regularidade do procedimento, devendo ser afastada qualquer alegação no sentido de ocorrência de lesão aos minoritários da JBS S.A.

749. Remete-se ao Acórdão 949/2011-TCU-Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, que, em situação de contexto similar, não conheceu de representação para apurar supostas fraudes relacionadas ao mercado de capitais com participação acionária minoritária, uma vez que tal constatação (alegação de prejuízo aos acionistas minoritários) não se enquadraria no rol das competências relacionadas com o exercício da atividade de controle externo (peça 1052, p. 36).

5.1.2. Análise das alegações

750. Ao tempo que foram constatadas falhas na análise da operação, também se colheram indícios de que a BNDESPAR atuou ativamente para a concretização da operação. A começar, como registrado à p. 52 do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, o próprio Relatório de Análise afirma que ‘assim que a situação foi percebida pela equipe de acompanhamento da AMC, houve forte dedicação em busca do entendimento real da situação da Bertin e o mapeamento das possíveis soluções’. Em seguida, o Relatório registra que ‘não se poderia esperar outra conduta daquele banco público, já que possuía expressiva participação na Bertin S/A. O que se contestará ao final deste tópico foi a forma pouco transparente e o custo da operação para os cofres públicos’.

751. Assim, a BNDESPAR podia e devia agir proativamente para buscar soluções para preservar seu investimento. Foi o que se colocou no item 4. desta instrução, relativo ao Acompanhamento da operação de aporte na Bertin, onde se concluiu que houve até demora no início dessas ações, que deveriam ter sido adotadas quando ainda se liberavam os recursos.

752. Como registrado na instrução à peça 164 do TC 034.932/2015-1, o assunto ‘Bertin’ foi objeto de análise pela primeira vez na apresentação elaborada pelo J.P. Morgan de agosto/2009 (peça 57 do TC 034.932/2015-1, p. 174-183). Corrige-se apenas a informação daquela instrução de que a apresentação seria de meados daquele mês, pois há menção, na sua página 6, à utilização de dados de 27/8/2009. A apresentação também menciona que seu objeto são discussões com o BNDES, o que abre a possibilidade de a JBS não haver participado de tal apresentação.

753. Em 15/9/2009, ainda antes do Enquadramento e da divulgação do Fato Relevante pelas empresas (em 16/9/2009), houve apresentação da Área de Mercado de Capitais à Diretoria da BNDESPAR, em que constou informação sobre a possível incorporação da Bertin pela JBS. Cabe

transcrever o Excerto da Ata da Reunião Extraordinária RED – 16/2009, com destaques acrescentados (peça 783, p. 63, do TC 036.606/2018-9):

(I) PARTE ESPECIAL

1. AMPLIAÇÃO DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA JBS E CONSOLIDAÇÃO DO SETOR DE PROTEÍNA ANIMAL BRASILEIRO (ANEXO I) - O chefe da AMC/DEPAC, SÉRGIO FOLDES GUIMARÃES, fez a apresentação em epígrafe, abordando os seguintes tópicos: **‘Agenda: JBS USA, Empresa Alvo - EUA, Operação; JBS USA - Descrição: Overview, JBS USA organization, Vendas Líquidas, Canal de Venda - Carne Bovina, Canal de Venda - Suína; Empresa Alvo - Pilgrims: Overview, Eventos Recentes; Pilgrims: Dados financeiros e Operacionais; Operação - Aquisição; Operação - Abertura de Capital; Operação - BNDESPAR; Bertin; Descrição - Bertin; Investimento - Bertin; Bertin + JBS: Bertin + JBS: criação de gigante do setor mundial de proteínas - Empresa combinada nascerá com posição de liderança e destaque no mercado mundial: Ranking nacional de empresas de alimentos; Ranking mundial de empresas de proteínas; Ranking mundial2 de empresas de alimentos; Empresa combinada terá liderança em mercados nacionais e internacionais: Market Share: exportações brasileiras de carne bovina, Market Share: receita com exportações mundiais de carne bovina; Bertin + JBS: sinergias; Considerações.’**

754. Não se localizou naqueles autos cópia da mencionada apresentação.

755. O que se percebe, confirmando as conclusões do Acórdão, é que a incorporação da Bertin não era a intenção inicial da JBS, tanto que não constou de seu pleito. Ao que tudo indica, a ideia dessa operação surgiu no próprio BNDES. As mensagens de e-mail apresentadas pelos responsáveis no TC 036.606/2018-9 (TCE derivada do TC 034.932/2015-1) evidenciam que a incorporação chegou a ser discutida com a JBS antes do enquadramento, tendo sido incluída na operação nessa etapa, e que havia a preocupação de vincular a operação de apoio à aquisição da Pilgrim’s à incorporação da Bertin (peça 783, p. 77, do TC 036.606/2018-9, juntada aos presentes autos à peça 1452).

756. Repita-se que a ação da BNDESPAR em buscar viabilizar uma solução para salvar seu investimento não foi considerada, por si só, uma irregularidade. A preocupação foi a forma como isso foi feito e o possível prejuízo gerado aos cofres da entidade e a terceiros. Embora o dever de lealdade proíba o administrador de agir no interesse de terceiros, também não se pode agir contra a lei, em prejuízo a terceiros, para defender seus próprios interesses. Há que se registrar, porém, que o Relator, em seu Voto (p. 26), consignou que:

134. A segunda possibilidade de dano aqui descrita refere-se a irregularidades praticadas por acionistas majoritários das empresas Bertin e JBS, a princípio sem participação, conhecimento ou consentimento de empregados ou gestores do BNDES. Se em algum momento surgirem indícios que apontem para o conhecimento ou consentimento de empregados ou gestores do banco, então referidos acordos poderão passar a ter repercussão no presente processo.

757. Mais à frente, o Sr. Ministro registra que a questão relativa a possível fraude contra minoritários deveria ser objeto de apuração pela CVM:

148. Uma vez que existem indícios nos autos de prática de fraude contra acionistas minoritários, proporei que cópia integral do presente acórdão seja encaminhada à Comissão de Valores Mobiliários – CVM, para conhecimento e adoção das providências que entender cabíveis em seu âmbito de atuação.

758. Assim, nos termos do item 9.7 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, foi encaminhada cópia do Acórdão à CVM (Ofício 0540/2018-TCU/SecexEstataisRJ, de 17/9/2018 – peça 1285).

759. Diversos responsáveis asseveraram que a competência para fiscalizar a operação e apurar eventuais prejuízos a minoritários é da CVM e aduzem que aquela autarquia não encontrou

indícios de irregularidades na operação.

760. A afirmação acima se baseia no resultado do Processo Administrativo CVM nº RJ2009/12822, autuado à época da incorporação e que examinou a operação sob os aspectos formais, quanto ao cumprimento dos procedimentos previstos nas normas. Ocorre que, posteriormente, a CVM autuou o Processo Administrativo 19957.004735/2017-98, para apurar fatos relacionados à incorporação da Bertin pela JBS, sobretudo no que se refere (i) à constituição da Blessed Holdings e (ii) à cessão de cotas do Bertin Fundo de Investimento em Participações ('Bertin FIP') àquela, posteriores à análise realizada no primeiro processo.

761. O acima mencionado processo administrativo, autuado em 2017, redundou na autuação do Processo Administrativo Sancionador CVM SEI 19957.008434/2019-03, o qual se encontra ainda aberto, 'Com o Relator para apreciação de defesas' (situação em 17/5/2022 – peça 1453).

762. No site da autarquia, encontra-se 'Parecer do Comitê de Termo de Compromisso', emitido em 1/10/2021, no mesmo processo, acerca de proposta apresentada por dois dos investigados no processo. O documento não deixa dúvida de que a CVM apura as mesmas irregularidades cujos indícios foram apontados pela unidade técnica do TCU. E, embora ainda não haja decisão de mérito sobre a matéria, as áreas técnicas da CVM têm se posicionado no sentido da confirmação das irregularidades, como se extrai dos seguintes excertos do documento (peça 1449, p. 10):

DA MANIFESTAÇÃO DA ÁREA TÉCNICA

39. Ante o exposto, a SPS concluiu, diante do conjunto probatório apresentado, que:

- (i) a incorporação da Bertin pela JBS teve elementos suprimidos do público, dos acionistas minoritários e desta CVM;
- (ii) a falta de transparência sobre: (a) os verdadeiros donos da Blessed Holdings; e (b) as cessões de cotas do Bertin FIP, da Bracol Holding para a Blessed Holdings, por valores irrisórios, teriam sido propositais, com a intenção de 'burlar' esta CVM e prejudicar os acionistas minoritários da JBS, que tiveram sua participação nesta Companhia diluída;
- (iii) os valores simbólicos pagos à Bracol Holding, pela Blessed Holdings, evidenciariam que o valor atribuído à Bertin foi muito superior ao valor real da Companhia, razão pela qual a família Bertin teria aceitado ficar com apenas 14,7% do valor que lhe cabia na incorporação;
- (iv) a Blessed Holdings teria sido um instrumento utilizado por J.B. e W.B. para a realização de operações, em tese, fraudulentas entre eles e a Bracol Holding, esta última sob o comando de seus sócios administradores NATALINO BERTIN e SILMAR BERTIN;
- (v) o valor da Bertin teria sido inflado para que, na sequência da incorporação, por meio de operações, em tese, fraudulentas, os controladores da JBS recebessem de volta as ações desta Companhia atribuídas à controladora da Bertin;
- (vi) a explicação dada por J.B. de que 'a opção pela criação dessa estrutura no exterior [Blessed Holding] se deu em razão da urgência, visto que no Brasil a notória burocracia para sociedades empresariais impediria a conclusão do negócio que deveria ocorrer em tempo muito exíguo', não seria crível. A criação de qualquer estrutura jurídica para a realização do negócio entre a Bertin e a JBS não seria necessária e a Blessed Holdings não foi mencionada nos FRs e comunicados ao mercado sobre a incorporação da Bertin pela JBS; e
- (vii) tal estrutura teria como única finalidade dissimular quem eram seus verdadeiros donos e permitir a realização de operações, em tese, fraudulentas entre os controladores da JBS e da Bertin, que teriam causado prejuízos aos acionistas minoritários da primeira.

DA MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA – PFE/CVM

42. Em razão do disposto no art. 83, caput, da Instrução CVM Nº 607/19 ('ICVM 607'), no PARECER n. 00050/2021/GJU - 2/PFE-CVM/PGF/AGU, a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM ('PFE/CVM') apreciou os aspectos legais das propostas de Termo de Compromisso, **tendo opinado pela existência de óbice à celebração de ajuste no caso**, tendo em vista *'os potenciais prejuízos decorrentes da severa diluição imposta aos minoritários, ainda que não atribuídos especificamente a um determinado lesado, associada à ausência de qualquer proposta de correção das irregularidades'*.(...)

763. Esse documento desconstrói a narrativa de que a CVM não encontrou irregularidade na operação.

764. Sobre a alegação de que os acionistas minoritários da JBS, muitos deles, investidores qualificados, aprovaram a operação e não recorreram à Justiça e à própria CVM, trata-se de tese já analisada na etapa de instrução da Representação, valendo repisar que suas participações individuais não eram relevantes na JBS S.A., tampouco em suas carteiras de investimentos, o que pode justificar que não tenham se aprofundado na análise do negócio. Após a divulgação de informações na mídia sobre as evidências de fraudes e a delação de Joesley e Wesley Batista, confirmando vários dos fatos, a CVM iniciou a apuração já mencionada, o que, igualmente, pode tê-los demovido da intenção de apresentar reclamação sobre fato já em apuração.

765. Na verdade, tais conjecturas são desnecessárias, ante o fato de que os órgãos públicos podem agir de ofício na apuração de irregularidades e de que a CVM já o faz. A busca de outros interesses, além dos que já podem ser alcançados pela atuação daquela autarquia, caberia, de fato, a cada parte interessada.

766. Nesse contexto, conclui-se que, no âmbito do Tribunal e do presente processo, especificamente, a análise das responsabilidades deve ater-se aos atos praticados, no âmbito da BNDESPAR, na condição de acionista da Bertin, detentora de direitos previstos no Acordo de Acionistas, e na condição de agente concedente de apoio financeiro. Nesses termos, somente caberia à BNDESPAR se insurgir contra a operação de incorporação caso ela lhe trouxesse prejuízo, o que não era o caso, ou se estivesse evidenciada alguma irregularidade.

767. Na última hipótese, ainda que tivesse de abrir mão de algum benefício econômico, deveria a entidade ir contra a operação. Considerando, porém, que não há evidência de que se tinha conhecimento, na BNDESPAR, dos acordos ocultos firmados entre os acionistas controladores da Bertin S.A. e da JBS S.A., tem-se que a hipótese também não se confirma. Relembre-se que o conhecimento dos fatos foi condição firmada pelo Relator no Voto do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário (v. parágrafo 756) e não se apresentou indício posterior que a afastasse.

768. Assim, embora houvesse indícios perceptíveis de que a Bertin estava sendo sobreavaliada, se a BNDESPAR não sabia das tratativas ocultas (e não há provas de que soubesse), não seria exigível que seus agentes fossem contra a operação. Se, porém, ao fim das apurações na CVM, a BNDESPAR vier a incorrer em alguma responsabilidade ou prejuízo, em função de eventual determinação daquela autarquia, o Tribunal poderá avaliar a necessidade e oportunidade de novas apurações.

769. Em relação aos agentes privados, também não cabe ao TCU imiscuir-se em suas atividades. Porém, havendo prejuízo, direto ou indireto, ao erário, podem eles vir a responder, de modo que não se afasta a competência do Tribunal pelo simples fato de que a incorporação foi celebrada sem a participação do BNDES. Há que se verificar as circunstâncias em que isso se deu. E os apontamentos contidos no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário indicavam a existência de danos, a atrair a competência do Tribunal. É o que se verificará mais à frente.

5.2. Fase de Enquadramento da operação de incorporação

770. A única audiência realizada em relação à fase de Enquadramento da operação de

incorporação da Bertin pela JBS é a contida no Despacho do Relator à peça 207 do TC 034.935/2015-0, dirigida aos participantes da 240ª Reunião do Comitê de Enquadramento de Crédito, de 24/11/2009, pela aprovação de enquadramento de operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., mediante apoio financeiro da BNDESPAR, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A., de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.

771. Uma vez, porém, que a instrução (peça 202 do mesmo processo) mencionou outras falhas, as defesas apresentam argumentos sobre outros aspectos do enquadramento, além da questão do *valuation*. Um dos principais questionamentos contidos na instrução e atacados pelas defesas referiu-se à utilização de uma apresentação em *powerpoint* em lugar da instrução de enquadramento prevista nos normativos.

772. Impende reiterar que a operação em que se concedeu apoio à incorporação da Bertin pela JBS tinha por objeto principal a aquisição, pela JBS, de capital da empresa americana Pilgrim's Pride. O processo TC 036.606/2018-9 cuida dessa operação, e nele são analisadas, de forma ampla, as fases de Enquadramento e Análise, além de outros aspectos da operação. Assim, diversos dos argumentos trazidos ao presente processo coincidem com os lá apresentados pelos mesmos responsáveis.

773. Considerando que tais argumentos, embora não diretamente relacionados à audiência realizada, servem para a perfeita compreensão dos aspectos gerais da operação, eles serão também analisados aqui, porém de forma resumida, aproveitando o exame realizado naquele processo.

5.2.1. A análise para o Enquadramento foi aprofundada e respeitou os normativos

774. Repetem-se nas defesas relativas ao Enquadramento da operação de incorporação, os argumentos registrados nos itens 3.2.1. e 3.2.2. desta instrução, sobre a natureza do Enquadramento e o papel do CEC.

775. Os responsáveis alegam que a principal norma aplicável ao enquadramento da operação JBS/Bertin era a Resolução BNDES 1.797/2009, e não a Dec. Dir. 435/95-BNDES, referida pelo Auditor da SecexEstatais/RJ. Vigorava, à época, também, a Resolução BNDES 1.358/2006, com regras atinentes à elaboração de instruções de enquadramento. Afirma-se que as Resoluções BNDES 1.797/2009 e 1.358/2006, embora não previsssem expressamente o enquadramento de operações mediante apresentação do caso ao CEC, diretamente pela Área Operacional, não vedavam tal procedimento, a depender das circunstâncias concretas. Por outro lado, tais normas deixavam mais claras e limitadas as finalidades da fase de enquadramento, comparativamente ao verificado na Dec. Dir. 435/1995.

776. Argumentam os responsáveis que, no intervalo de 2008 a 2011, aproximadamente 97 operações de renda variável, como a JBS/Bertin, foram enquadradas sem instrução formal de enquadramento elaborada sob a coordenação do DEPRI, contando apenas com nota ou apresentação oral realizada pela Área Operacional competente. O que se modificou, relativamente ao previsto na Resolução BNDES 1.358/2006, foi, portanto, apenas a composição da mencionada equipe – que, mesmo sob o rigor da Resolução, não seria una – e a formatação do documento que registra as informações levadas até o Comitê. O conteúdo do que deve ser aferido na fase de enquadramento seguiu o mesmo e foi efetivamente apresentado ao CEC. Apresenta-se, também, tabela com comparação entre o conteúdo exigido na Resolução BNDES 1.358/2006 e as páginas (*slides*) da apresentação. (Peça 1303, p. 37-38 e outras)

777. Aduz-se que o CEC não possui atribuição e, conseqüentemente, responsabilidade por aprofundar ou detalhar o exame dos pedidos enviados ao Sistema BNDES. Assim, não lhe competia examinar o *valuation* de companhias que são objeto de pretensão de incorporação por solicitantes de apoio financeiro no BNDES.

778. Acrescentam que, segundo alegado pelo próprio TCU, o suposto

superdimensionamento ocorrido em tal avaliação teria se originado de laudos da consultoria Apsis (de 4/12/2009 e 14/12/2009), que seriam, todavia, posteriores à reunião do Comitê (de 24/11/2009). À época do enquadramento, havia mera estimativa dos valores a serem transacionados entre JBS e Bertin, para incorporação da segunda pela primeira, o que seria condizente não apenas com a limitada e superficial atribuição de exame do CEC, como com a possibilidade regulamentar de alteração dos valores do apoio financeiro requerido ao longo da fase de análise, desde que observado o limite máximo de 30%. (Peça 1303, p. 35)

5.2.2. Análise das alegações

779. Inicialmente, sobre a natureza do Enquadramento e o papel do CEC, valem as considerações feitas nos itens 3.2.1. e 3.2.2. da instrução. Não são aceitáveis as alegações no sentido de reduzir a importância do Enquadramento, o qual não constitui uma etapa apenas burocrática, mas sim uma primeira análise e decisão acerca do mérito do pedido, ou seja, se ele trata de objeto que pode ser apoiado, além de outros aspectos.

780. Assiste razão aos responsáveis quanto ao equívoco na menção à Dec. Dir. 435/95-BNDES. De todo modo, o que se constata é que a apresentação utilizada em substituição à instrução de enquadramento não continha todos os elementos exigidos na Res. 1.797/2009-BNDES, norma que regia, à época, o fluxo das operações, nem na Res. 1.358/2006-BNDES, que tratava especificamente da Instrução de Enquadramento.

781. A tabela abaixo reproduz o conteúdo da tabela apresentada por um dos responsáveis (peça 1333, p. 139), a qual é semelhante às apresentadas por outros. A última coluna da tabela apresenta a análise realizada quanto à comparação apresentada.

			ANÁLISE
Empresa/Grupo	Histórico e contexto operacional	<i>Slide 4</i> - Histórico de crescimento via aquisições <i>Slide 6</i> - JBS no mundo <i>Slide 7</i> - Plataforma de produção global (unidades de produção, funcionários e capacidade de abate)	Atendido.
	Relacionamento com o Sistema BNDES	<i>Slide 5</i> - Estrutura societária da JBS (participação da BNDESPAR) <i>Slide 20</i> - Investimento - Bertin (participação da BNDESPAR)	Não atendido. Não foram apresentados os dados de todas as operações com os grupos econômicos.
	Controle do Capital	<i>Slide 5</i> - Estrutura societária da JBS <i>Slide 20</i> - Investimento - Bertin	Atendido parcialmente. Não indica os percentuais de ações ordinárias e preferenciais.

			ANÁLISE
	Dados Econômico-Financeiros	<i>Slide 26</i> - Dados Financeiros da JBS, Pilgrim's e Bertin	Atendido parcialmente. Não indica o período a que se referem os dados, nem se foram auditados.
Projeto	Objetivos	<i>Slide 21</i> - Bertin + JBS: Criação de gigante no setor mundial de proteínas <i>Slide 22</i> - Bertin + JBS: Sinergias <i>Slide 29</i> - Operação (Objetivo do apoio)	Atendido.
	Dados de emprego	<i>Slide 7</i> - Plataforma de Produção Global (número de funcionários)	Não atendido. Não apresenta o aumento/redução esperada na JBS, nem os dados da Bertin.
	Quadro de usos e fontes	<i>Slide 24</i> - Bertin + JBS (Relação de troca) <i>Slide 30</i> - Detalhamento da Estrutura	Não atendido. Não informa como seriam aplicados os US\$ 2,5 bilhões pleiteados, tampouco eventuais outras fontes de recursos.
	Garantia e limite de risco	Não aplicável a operações de investimento em participação acionária.	Não atendido. Não houve análise para fundamentar a afirmação de que não seria aplicável. Houve extrapolação ao limite de exposição.
	Síntese macroambiental	<i>Slide 31</i> - Condições precedentes (Aderência à Resolução nº 1.854 - critérios e compromissos socioambientais para o apoio do BNDES a empresas do setor de pecuária)	Não atendido. Condiciona a análise futura.
Considerações, proposta e recomendações		<i>Slide 27</i> - Méritos e Riscos <i>Slide 31</i> - Condições Precedentes <i>Slide 32</i> - Cronograma	Não atendido. Não aborda adequadamente os méritos nem apresenta uma proposta.

782. Conclui-se que apenas dois campos de informação foram integralmente atendidos. Algumas informações são bem genéricas e sucintas, porém o próprio modelo às vezes indica que deve ser assim, sinalizando até para poucos parágrafos. Outros oito itens, porém, não foram contemplados na apresentação ou o foram apenas parcialmente.

783. A Nota Técnica AFO/DEPRI 27/2018 (peça 1303, p. 116), de 19/9/2019, foi elaborada com o intuito de responder a questionamentos feitos pela Área Jurídica do BNDES, relativos ao funcionamento da fase de enquadramento no Sistema BNDES. Essa Nota se refere ao período de 2008 a 2011. O quadro a seguir consta da referida Nota produzida pelo BNDES e refere-se ao levantamento sobre a elaboração de Instruções de Enquadramento para subsidiar decisões do CEC.

784. Observa-se que a instrução de enquadramento foi substituída por um *powerpoint* em apenas duas oportunidades, ou seja, nessa operação e mais uma outra (e não 97, como alegado). Não se sabe se no outro caso foi anotada a autoria das apresentações, o que não aconteceu no caso aqui em análise.

Ano	Enquadramentos via IE ou com participação conjunta AP/DEPRI	Enquadramentos via Nota AMC/ACE	Enquadramentos via Nota Conjunta da AMC/ACE + Área Operacional	Enquadramentos via apresentação AMC	Enquadramentos via Nota AO	Total
2008	19	7	2	0	2	30
2009	4	18	1	1	0	24
2010	8	13	2	1	1	25
2011	11	4	2	0	1	18
Total	42	42	7	2	4	97

Fonte: Nota AFO/DEPRI 27/2018

785. Os pontos acima examinados são tratados em mais detalhes no TC 036.606/2018-9, no qual são objeto de audiência. Passa-se, então, ao exame dos argumentos que interessam especificamente às audiências realizadas no presente processo.

786. Observa-se que a audiência aqui examinada aponta como irregularidade a ‘aprovação de enquadramento de operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A, mediante apoio financeiro da BNDESPAR, **com base em valuation superdimensionado da companhia Bertin S/A, de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.**’. Ocorre que, conforme alegado pelos responsáveis, o laudo é datado de 4/12/2009, data posterior à realização da 240ª Reunião do Comitê de Enquadramento de Crédito, de 24/11/2009 (peça 143, p. 24, do TC 034.935/2015-0).

787. Com efeito, a apresentação feita ao CEC não menciona qualquer avaliação da Apsis. Os percentuais de substituição de ações indicados coincidem com os divulgados ao mercado em agosto de 2009 por JBS e Bertin, embora não haja qualquer indicação disso na apresentação. Dessa forma, **há que se acolher as razões de justificativa dos participantes da mencionada reunião do CEC.**

788. Também se mostra aceitável a alegação de que não caberia ao CEC examinar o *valuation* de companhias que são objeto de pretensão de incorporação por solicitantes de apoio financeiro no BNDES. Essa tarefa mostra-se afeta à fase de Análise da operação. Por outro lado, o CEC deveria certificar-se da origem e fidedignidade dos números apresentados, não apenas em relação ao valor da empresa, mas também quanto a sua situação financeira, o que não foi demonstrado. Considerando, no entanto, que os responsáveis já respondem por falhas gerais no enquadramento da operação no processo TC 036.606/2018-9, deixa-se de propor no presente processo qualquer medida adicional de responsabilização quanto a esse ponto.

5.3. Fase de Análise e aprovação da operação de incorporação

789. Conforme já anotado, o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário não determinou audiência ou citação específica para os empregados e administradores que participaram da análise ou aprovação da operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS, ordenando, apenas, o exame das audiências determinadas no Despacho à peça 207 do TC 034.935/2015-0. Tais audiências versam sobre o não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S.A. pelo BNDES e acerca do *valuation* superestimado da Bertin.

5.3.1. A análise da operação foi realizada de forma correta

790. Os defendentes asseveram que, tendo em vista a regulamentação da CVM, a BNDESPAR manteve-se afastada do processo, não interferindo nas tratativas entre as duas empresas. Esse fato esclareceria a ausência de detalhamento nos documentos oficiais, regular e legalmente exigíveis, apresentados pela BNDESPAR ao TCU. Especialmente no que diz respeito ao Relatório de Análise de Incorporação, não haveria esse detalhamento pelo simples fato de que a BNDESPAR não participou das negociações havidas entre os controladores da Bertin e da JBS. E não participou em virtude de estar conflitada, na medida em que era acionista minoritária de ambas as empresas.

791. Novamente, aduz-se que os relatórios de análise, as informações padronizadas e outros documentos são sumários executivos voltados para consumo do público interno do Sistema BNDES, e não para o escrutínio de órgãos de controle que não são especialistas em operação do mercado de capitais.

792. Segundo as defesas, o Relatório de Análise Conjunto AMC/DEPAC nº 004/09 e AI/DEAGRO 037/09 demonstrou que, tanto a operação da Pilgrim's quanto a da Bertin se justificariam porque, para além dos ganhos e das condições da operação, o setor de carnes era enquadrado no 'Programa Consolidar e Expandir a Liderança', na Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), que previa: (i) foco em atividades nas quais o Brasil possui reconhecida competitividade, (ii) foco em investimentos em curso, de grande volume, com financiamento estratégico do setor público e (iii) ênfase em projetos de expansão física e internacionalização empresarial. O BNDES, como instrumento de desenvolvimento do Governo, era relacionado como um dos agentes responsáveis pelo suporte ao Programa.

793. Afirma-se que a operação foi tratada, no Relatório de Análise, às claras e de forma muito direta, ponderando as variáveis para a tomada de decisão da Diretoria da BNDESPAR. O RAn deixou claros os motivos pelos quais entendia que, naquele primeiro semestre de 2009, a empresa necessitava de um novo rumo, a despeito da melhoria dos números do terceiro trimestre de 2008 e segundo semestre de 2009, que demonstram a forte atuação do Sistema BNDES, auxiliando a empresa na obtenção de uma maior performance e aumento do lucro bruto. A lógica da preservação do valor está exposta no Relatório.

794. No momento de elaboração do Relatório de Análise em questão, a JBS e a Bertin já haviam comunicado ao mercado sua intenção de realizar a incorporação, por meio do Acordo de Associação celebrado em 16 de setembro de 2009 (conforme Fato Relevante divulgado conjuntamente pelas empresas nesta data). Diante disso, ao contrário das conclusões da Instrução desta Representação, a análise a respeito da incorporação da Bertin de forma conjunta à aquisição da Pilgrim's não teria decorrido de uma suposta inclusão posterior ao pedido de apoio financeiro pela JBS. Antes, ambas as operações sempre foram analisadas de forma conjunta e unitária. Refuta-se suposta presunção da instrução no sentido de que, sem maiores embasamentos ou documentos que pudessem suportar tais conclusões, o corpo técnico do BNDES teria incluído, por sua exclusiva vontade, a incorporação de Bertin na análise da operação de aquisição da Pilgrim's. (Peça 1281, p. 79-80)

795. Refuta-se, também, conclusão do TCU de que teria havido omissão dos autores do RAn, quanto à real situação da empresa Bertin, pois os técnicos teriam sido claros ao noticiar às autoridades competentes todo o contexto em que a Bertin se encontrava, inclusive tendo indicado a piora significativa no endividamento da empresa, assim como o valor que havia sido atribuído a ela pelo Banco Itaú em momento anterior. Essa informação constaria nos parágrafos 182 e 184 da própria instrução técnica do TCU. (Peça 1293, p. 61)

796. Os defendentes acrescentam que, por meio da IP 39/2011, as equipes técnicas da BNDESPAR fizeram as últimas projeções relativamente ao desempenho futuro da JBS, que acabara de adquirir a norte-americana ‘Pilgrim’s Pride Corporation’, assim como incorporar a Bertin, indicando que a receita da JBS pularia de R\$ 62,517 bilhões, em 2011, para R\$ 87,430 bilhões em 2015. Entretanto, o resultado da JBS em 2015, a despeito do severo impacto da crise global dos mercados desencadeada em fins de 2008, foi de R\$ 162 bilhões, aproximadamente 86,32% a maior. (Peça 429, p. 90)

Análise das alegações

797. Inicialmente, cabe registrar que os signatários do Relatório de Análise Conjunta AMC/Depac 4/09 e AI/Deagro 37/09, bem como outros responsáveis, respondem também, no TC 036.606.2018-9, a audiências por diversas irregularidades relacionadas ao documento e ao processo de Análise em si. Naquele processo, foi examinada, de forma abrangente, a aderência do Relatório de Análise às normas e princípios indicados. Aproveitam-se aqui algumas das conclusões daquela análise, as quais não se alteram diante das alegações trazidas no presente processo.

798. Alega-se que o alinhamento da incorporação da Bertin pela JBS ao ‘Programa Consolidar e Expandir a Liderança’ da Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) justificaria a aprovação do projeto, porém isso não foi detalhado nem comprovado no RAn.

799. Antes de apresentar o objetivo da operação, foram descritos, no item 2.1 do RAn, os ‘Motivadores da BNDESPAR’, quais sejam: ‘em primeiro lugar’, a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP); ‘em segundo plano, complementarmente à PDP e ponto-chave do Planejamento Estratégico do Sistema BNDES’, o apoio ao processo de internacionalização de empresas e grupos nacionais; por fim, a preservação de valor e a criação de liquidez para o investimento em Bertin. (Peça 1454, p. 21)

800. Observe-se que os dois objetos envolvidos na operação (aquisição de participação na Pilgrim’s e incorporação da Bertin) eram bastante distintos entre si, sendo razoável afirmar que apenas o último ‘motivador’ relacionava-se diretamente à incorporação da Bertin. Já os dois primeiros motivadores, na verdade, são um só, já que a internacionalização de empresas foi um dos instrumentos elegidos pela PDP para o alcance de seus objetivos, que acabou se refletindo no Planejamento Estratégico do BNDES.

801. No item 2.1, o RAn dedica mais de duas páginas para descrever a PDP e destaca que, para o Setor de Carnes, os objetivos principais da política eram: ‘(i) Consolidar o Brasil como o maior exportador mundial de proteína animal; (ii) Fazer do Complexo Carnes o principal setor exportador do agronegócio brasileiro’.

802. Após a longa descrição, o RAn, em apenas um parágrafo, afirma que a operação está alinhada à PDP, ‘em especial no que se refere à criação de um **Líder Mundial** no setor de proteínas e criação do maior exportador individual de carnes bovinas e beneficiamento de couros (...) favorecendo a **Conquista de Mercados**’ (destaques do original). Nada se fala, até aí, sobre como a operação contribuiria para a exportação brasileira, objetivo principal da Política.

803. O item 2.2, em seu primeiro parágrafo, apresenta como ‘Objetivos da Operação’ ‘Apoiar mais uma etapa do processo de internacionalização da JBS, bem como sua associação com a Bertin S.A., conforme detalhamento a seguir’.

804. Em seguida, no que deveria ser o detalhamento dos objetivos, apresenta informações sobre a operação e seu desenrolar fora do BNDES, ou seja, o histórico das negociações entre JBS USA e Pilgrim's e, também, entre JBS e Bertin para sua união. Nada é registrado sobre exportação ou outros benefícios.

805. O item 2.3 é voltado à descrição da operação, mas menciona objetivos da operação nos três primeiros parágrafos:

O objetivo é o de apoiar de forma relevante em um movimento de internacionalização de uma empresa brasileira, consolidando-a como líder global no setor de proteína animal, além de consolidar a liderança no segmento de Bovinos nacional.

Outro ponto é de contribuir para que ao final da operação (...) o endividamento líquido da JBS S/A (consolidado) permaneça em nível equivalente ao atual, principalmente devido ao elevado endividamento da Bertin S/A (Dívida Líquida / EBITDA de 5,54x).

A operação tem como objetivo principal preservar o nível de alavancagem da JBS em patamares sustentáveis, o que caso não fosse implementado poderia ser danoso à exposição que o Sistema BNDES detém na Companhia e no Grupo Bertin.

806. Em seguida, é descrita a operação, de forma bastante sucinta, além do objetivo adicional de 'deter uma participação na JBS USA, visando, desta forma, capturar o ganho decorrente da aquisição da Pilgrim's e da estratégia de verticalização da JBS USA no sentido de criar canais de distribuição direta'.

807. Percebe-se que os objetivos informados nos itens 2.2 e 2.3 são diretos/imediatos, relacionados à empresa beneficiada e à própria BNDESPAR. Já o que se apresenta como objetivos no item 2.1 seriam os impactos para o país, os quais, porém, não foram detalhados no RAn.

808. Conforme colocado no item 3.1.4. desta instrução, seria necessário demonstrar em que linha de ação da PDP a operação se enquadrava e que ela envolvia um real compromisso com os objetivos da política e com a produção de impactos positivos, como a expansão das exportações brasileiras. Isso não foi feito.

809. O item 2.6 do RAn contempla aproximadamente onze páginas de textos, quadros e figuras, descrevendo o histórico e a estratégia da Bertin S.A., bem como a estrutura da incorporação. Apresentam-se, entre outros, os números e indicadores do endividamento da Bertin S.A. São apresentadas possíveis sinergias, sem maiores detalhamentos.

810. O item 2.8 trata da combinação de JBS, Pilgrim's e Bertin. Em apenas uma página, informa sobre a elevação do posicionamento da JBS no *ranking* do setor, bem como no número de unidades industriais, capacidade de produção e presença em diversos países. É ressaltada a posição de 'liderança e destaque' que a nova empresa teria no mercado mundial.

811. O item 2.9 destaca a elevação da cotação das ações da JBS após o anúncio da operação pela empresa. Afirma-se que a participação da BNDESPAR nas duas empresas teria se valorizado em R\$ 550 milhões, além de ter propiciado liquidez a sua participação na Bertin.

812. Assiste razão aos responsáveis quanto ao registro de informação sobre a situação da empresa Bertin, especialmente quanto à piora no endividamento da empresa, como registrado à p. 46 do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. Por outro lado, não há menção no RAn à avaliação do Banco Itaú, como alegado. Há menção, apenas, à proposta feita pela Marfrig, que acarretaria o valor de R\$ 1 bilhão para a participação da BNDESPAR na Bertin.

813. Consta da apresentação que subsidiou o enquadramento da operação um quadro com dados de receita, margem EBTIDA e endividamento, considerando as empresas (JBS, Pilgrim's e Bertin) isoladamente e em conjunto, bem como o aporte a ser feito pela BNDESPAR (peça 57 do TC 034.932/2015-1, p. 173-183). Porém não há tal informação no Relatório de Análise, o que

deveria acontecer, inclusive com mais detalhes, seja pelo maior tempo disponível para aprofundamento da análise, seja pelas mudanças introduzidas nos valores envolvidos.

814. Observa-se que, no RAn, a preocupação com o detalhamento e a exatidão dos cálculos envolvendo Bertin foi sensivelmente menor que a havida com a Pilgrim's. A atenção demonstrada nas mensagens apresentadas (parágrafo 653), inclusive a endereçada à JBS (peça 783, p. 81, do TC 036.606/2018-9), não era quanto aos valores envolvidos, mas quanto aos aspectos societários da operação.

815. Conclui-se que, especificamente em relação à Bertin, o Relatório de Análise não cumpriu a contento seus objetivos. Embora tenha sido apontado o endividamento, não se examinou nem se detalhou sua composição, tampouco o valor necessário para equacionar as dívidas da Bertin S.A. Tampouco se informou de que forma os recursos contribuiriam para a manutenção do endividamento consolidado da JBS, após a absorção do endividamento da Bertin e da Pilgrim's.

816. Por fim, conforme já analisado nesta instrução, embora não se tenha evidenciado o momento exato e a forma pela qual passou-se a considerar a incorporação da Bertin pela JBS, resta evidenciado que sua análise não se iniciou apenas após as empresas terem decidido nesse sentido, como se alega, e há evidências de que essa inclusão decorreu de ação da BNDESPAR.

817. Os argumentos analisados no presente item não se relacionam especificamente aos itens das audiências realizadas, porém servem à compreensão de aspectos gerais do processo de Análise da operação, o que é útil ao exame das audiências, cujos objetos se analisa a seguir.

5.3.2. Não era possível a utilização do *tag along*

818. Os responsáveis alegam que exigir o cumprimento do *tag along* previsto na cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas significaria inviabilizar um negócio que atendia ao interesse das partes. Assim, ataca-se suposta conclusão dos auditores do TCU de que, 'deixando a BNDESPAR de exercer o direito ao *tag along* contemplado no item 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin, teria resultado em prejuízo para o banco estatal' (peça 429, p. 111).

819. Alega-se que o item 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin é parte de sua CLÁUSULA TERCEIRA, que cuida da 'Preservação do Controle Acionário' da Bertin (item 3.1), tal como vigente à época daquele ajuste. (peça 429, p. 111)

820. Reafirma-se que tal item buscava prevenir que uma alienação do controle da Bertin fosse perpetrada em detrimento da BNDESPAR, permanecendo como minoritária de uma empresa que passaria a ter um novo controlador. E alega-se que, no processo de reorganização societária da Bertin, não houve alienação do controle que justificasse o acionamento do gatilho para o exercício do chamado *tag along*. Bertin e JBS, por suas respectivas assembleias gerais extraordinárias realizadas em 29/12/2009, aprovaram a incorporação das ações de emissão da Bertin na JBS, tendo a relação de troca sido aprovada nos termos propostos, passando a Bertin, desse modo, a ser uma subsidiária integral da JBS.

821. Algumas defesas asseveram que toda a sequência de análises e aprovações envolvendo a incorporação das ações de emissão da Bertin na JBS, executadas em conformidade com o Parecer de Orientação CVM nº 35, demonstraria que toda a operação jamais cuidou de **alienação** de ações do controle da Bertin. Assim, não poderia a BNDESPAR impor aos controladores da Bertin ou à JBS a cláusula de *tag along* prevista no item 3.4 do Acordo de acionistas.

822. Alega-se que, conquanto o *caput* do aludido art. 254-A da Lei das S.A. não se aplique a operações de alienação de controle de companhias fechadas – como no caso da Bertin –, aplica-se o conceito contido no seu § 1º, pelo qual 'transferência' remete ao ato de alienar, de desfazer-se, de ceder a titularidade das ações de controle para um terceiro. É operação, portanto, que se dá entre o

acionista controlador e outrem, sem qualquer envolvimento ou participação da sociedade emissora das ações. É uma operação que pressupõe uma contrapartida monetária, ou mensurável monetariamente, do adquirente das ações para o alienante. Apresentam-se trechos de decisões da CVM em que se afirma ser equivocada a equiparação pura e simples entre as operações de alienação de controle, às quais se aplica o disposto no art. 254-A da Lei 6.404/1976, e as incorporações de sociedades (peças 429, p. 118; 276, p. 67; 435, p. 34, entre outras).

823. Na alienação de controle, a operação independe da vontade da Companhia investida e não é objeto de deliberação na Assembleia ou de participação dos administradores da Companhia. Na incorporação, por sua vez, a aprovação depende dos votos da maioria dos acionistas presentes na Assembleia Geral, bem como da participação ativa dos administradores. Esse seria o motivo pelo qual os institutos são regulados por dispositivos distintos na própria Lei das S.A. (artigo 254-A, sob o título ‘Alienação de Controle’, e artigos 223 a 227 e 252, sob os títulos ‘Incorporação, Fusão e Cisão’ e ‘Incorporação de Ações’).

824. Afirma-se que, por esse motivo, o Acordo de Acionistas estabeleceu que uma operação de incorporação estaria sujeita ao direito de veto da BNDESPAR, na forma da Cláusula 4.1, ‘b’, inciso XI, no âmbito de uma Assembleia Geral de Acionistas, enquanto a Cláusula 3.4 insere-se em uma seção destinada a regular a propriedade e a alienação de ações de emissão da Companhia. Portanto, a incorporação envolvendo a Bertin e a JBS ensejava a aplicação do direito de veto constante da Cláusula 4.1 e não do direito de *tag along* estabelecido na Cláusula 3.4. Por isso, coube à BNDESPAR deliberar se aprovaria ou vetaria a operação de incorporação, o que foi corretamente realizado pelo órgão estatutário com competência para tanto, ou seja, a Diretoria.

5.3.3. Análise das alegações

825. Inicia-se o exame das alegações, tratando da questão relativa à possível e à efetiva participação da BNDESPAR na operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS.

826. Conforme alegado pelos responsáveis, a BNDESPAR não poderia votar nas deliberações acerca da incorporação, nos termos do art. 115 da Lei das S.A., devido ao fato de possuir ações das duas empresas envolvidas. Isso, no entanto, não seria impedimento para que a entidade acompanhasse o desenrolar da operação, bem como apresentasse eventuais questionamentos, especialmente considerando os termos das avenças já existentes com Bertin e JBS e o apoio financeiro que seria concedido à operação.

827. Observe-se que em nenhum momento as instruções da unidade técnica ou o Relator afirmaram que a BNDESPAR deveria participar da votação na AGE. O que se questionou foi a não utilização de uma suposta faculdade prevista no Acordo de Acionistas, indicada no Relatório de Análise Conjunta AMC/Depac 4/09 e AI/Deagro 37/09, bem como a ocorrência de falhas na análise da operação de apoio à incorporação, a qual também incluía a aquisição de participação na empresa americana Pilgrim’s Pride.

828. Em relação ao Acordo de Acionistas, o Despacho de 14/8/2018, em linha com a instrução, referiu-se, especificamente, ao previsto na cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas. Praticamente em uníssono, os responsáveis afirmam que não seria possível aplicar à operação tal dispositivo, o qual denominam *tag along*.

829. Ao utilizar a expressão *tag along* (a qual não foi utilizada pelo Tribunal no processo), os responsáveis se referem ao art. 254-A da Lei das S.A. Afirmam que o dispositivo não se aplica aos casos de incorporação, que não seria exatamente uma alienação de controle.

830. De fato, as decisões da CVM apresentadas indicam que mencionado artigo da Lei não alcança as operações de incorporação. Ocorre que o apontamento feito pelo Tribunal partiu do Acordo de Acionistas, não da Lei. Melhor dizendo, **o apontamento foi feito a partir do Relatório de Análise, o qual afirmou que não seria recomendável a aplicação do direito previsto na**

Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas, reconhecendo, então, sua aplicabilidade à operação.

831. O art. 254-A da Lei das S.A. prevê o *tag along* apenas na alienação de controle de companhias **abertas**, como reconhecido por algumas defesas, as quais alegam, por outro lado, que o § 1º do artigo deve ser usado na interpretação da Cláusula 3.4. Depreende-se, então, que a inclusão de tal cláusula no Acordo de Acionistas teve o intento de dar essa proteção à BNDESPAR, uma vez que a Bertin era companhia fechada. A questão que resta dirimir é se é devido interpretar essa cláusula contratual nos exatos e estritos termos do art. 254-A da Lei das S.A. Esta não foi a interpretação dos autores do RAn, que agora alegam em outro sentido.

832. O *tag along* tem por objetivo proteger pequenos investidores no caso de mudanças no controle da organização. Essa proteção se volta aos minoritários que não possuem poder para interferir na decisão. A incorporação (assim como a fusão ou cisão) acontecerá independentemente de sua concordância, daí se dar a eles o direito de aderir à venda, saindo da companhia.

833. O Acordo de Acionistas, por outro lado, concedeu à BNDESPAR o direito de aprovar qualquer transferência de controle, como condição necessária ao negócio. Já a Cláusula 3.4 dava à estatal a possibilidade de incluir suas ações na negociação. Havia, então, diferenças essenciais entre a Cláusula 3.4 (analisada no contexto do Capítulo 3 do Acordo) e o Art. 254-A da Lei.

834. É verdade que a alienação de controle tratada no art. 254-A pressupõe que estariam sendo transferidas apenas as ações do bloco de controle. No caso da incorporação, todas as ações estão incluídas na negociação, não havendo que se falar em inclusão posterior das ações dos minoritários. Esse é um dos fundamentos para a interpretação de que o art. 254-A não se aplica à incorporação. E, de fato, isso não é diferente na Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas, no caso de incorporação.

835. Outro argumento razoável apresentado pelas defesas é o de que as transferências tratadas no Capítulo 3 do Acordo de Acionistas referem-se a transações realizadas pelo acionista controlador, que não passam por decisão no âmbito da empresa, especificamente, na Assembleia Geral de Acionistas. Já a incorporação depende desta decisão, sendo garantido à BNDESPAR, no Capítulo 4 do Acordo, o direito de veto.

836. Como se percebe, há bons argumentos nos dois sentidos, de se considerar a Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas aplicável à incorporação ou não. Considerando, porém, que: i) o Acordo de Acionistas, expressão da vontade das partes, trata de situação não alcançada pelo art. 254-A da Lei das S.A. (companhia fechada); ii) havia uma diferença fundamental entre os dois dispositivos, que era a possibilidade de a BNDESPAR não aprovar a operação; e iii) o Relatório de Análise, com participação do Jurídico da entidade, entendeu ser aplicável a mencionada cláusula à incorporação; conclui-se que esta interpretação se mostra a mais adequada.

837. O efeito prático dessa conclusão, na verdade, é reduzido pelo fato de que, embora tenha constado das audiências, a não aplicação da faculdade prevista na Cláusula 3.4 foi apontada na instrução, não tanto como irregularidade em si, mas como uma evidência de que a BNDESPAR estaria se beneficiando com a incorporação e, ao mesmo tempo, deixando de dar visibilidade para o mau negócio feito anteriormente. É o que se depreende dos seguintes trechos do Relatório:

248. Outra evidência de que a operação, nos moldes em que foi formatada (acima da realidade do valor econômico da Bertin S.A.), atendia aos interesses do BNDES e que as outras opções lhe trariam prejuízo em função do valor patrimonial da ação apurado de acordo com o último balanço levantado pela companhia está no item 2.6.9 do Relatório de Análise Conjunto AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009 - Acordo de Acionistas entre BNDESPAR e Bertin S.A. Neste item, restou consignado que a BNDESPAR não deveria lançar mão da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S.A., que lhe facultaria a possibilidade de inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin S.A. na operação de transferência do controle da companhia,

com base em valores constantes do Acordo de Acionistas, pois tal procedimento inviabilizaria a transação, o que seria indesejável para o BNDES. (...)

249. O BNDES poderia ter saído do negócio e ainda com um valor maior do que entrou, mas os técnicos justificaram o não exercício da cláusula de saída em função de a incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A. estar alinhada com os objetivos do investimento inicial.

250. Nota-se claramente que a operação favoreceu ao BNDES, que, ao embutir na operação de aquisição da Pilgrim's pela JBS S.A. a incorporação da Bertin S.A., conseguiu resolver o problema da situação de dificuldade financeira por que passava aquela empresa. O exercício da cláusula de saída daria visibilidade ao investimento equivocado que o banco fez na Bertin S.A. e talvez fosse impedimento para que a transação se realizasse.

838. Com efeito, a instrução não afirma peremptoriamente que tal direito deveria ser exercido. E reconhece que a tentativa de exercê-lo poderia inviabilizar a operação, que interessava à BNDESPAR. Nesse sentido, e considerando também a premissa de que os técnicos e administradores da BNDESPAR desconheciam as tratativas entre os controladores da JBS e da Bertin, propõe-se acolher parcialmente as razões de justificativa quanto ao não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas, deixando-se de aplicar multa aos responsáveis.

839. Embora não altere a conclusão acima, deve-se registrar que são indevidas, ainda quanto a esse ponto, as alegações com base no Parecer de Orientação CVM nº 35, o qual se refere à incorporação de empresas controladas, tratada no art. 264 da Lei das S.A., não se aplicando à incorporação de ações objeto das audiências.

840. Para que não restem dúvidas, cabe repetir que a incorporação da Bertin S.A. se deu em duas etapas. A primeira foi a incorporação das ações, aprovada em AGE da JBS em 29/12/2009, a qual aprovou a relação de troca de ações entre os acionistas. A partir dessa incorporação, a Bertin se tornou subsidiária integral da JBS. A análise feita no RAn foi quanto a essa operação, a qual gerava os efeitos econômicos para os acionistas de uma e outra empresa.

841. A segunda etapa da operação foi a incorporação da empresa Bertin pela JBS, aprovada na AGE da JBS de 31/12/2009. O mencionado Parecer de Orientação CVM nº 35 aplicava-se apenas a esta etapa.

842. Retomando a questão dos direitos que detinha a BNDESPAR de intervir na incorporação, tem-se, como visto, que ela não poderia votar na AGE, por haver conflito de interesses, porém poderia vetar a incorporação, seja pelo disposto na Cláusula 3.3, seja pela Cláusula 4.1 do Acordo de Acionistas. Então, de fato, ao não exercer tais direitos, a BNDESPAR aprovou a operação entre Bertin S.A. e JBS.

843. Além disso, a BNDESPAR concedeu apoio financeiro à JBS para, entre outros objetos, possibilitar a dita incorporação. E, na análise desse apoio, a entidade tinha direito legítimo de saber os termos da operação, os planos de negócio para a empresa incorporada, as avaliações econômicas etc. Mais que direito, havia obrigação de conhecer o negócio que estava sendo objeto de apoio. Refutam-se, assim, também os argumentos no sentido de que a análise não foi mais aprofundada por impedimento legal.

5.4. Sobre o valor econômico da Bertin S.A. calculado pela Apsis Consultoria Ltda.

844. Os defendentes reafirmam que a BNDESPAR, apesar dos inúmeros contatos mantidos com os controladores da Bertin e, também, da JBS, não tomou parte na negociação travada entre as empresas, não tendo participado da definição da relação de troca, nem mesmo da avaliação dos ativos. Assim, a BNDESPAR não teria qualquer participação ou responsabilidade com relação à escolha da Apsis ou com a avaliação por ela realizada, assunto que diria respeito, única e exclusivamente, aos controladores das empresas envolvidas no negócio.

845. Afirma-se que a empresa de consultoria Apsis conta com mais de 37 anos no mercado

de avaliação de ativos e com diversas certificações internacionais, com milhares de pareceres emitidos para as mais diversas operações de fusão e aquisição, conforme pode ser consultado nos registros junto a CVM. Trata-se de empresa independente, que conta com credibilidade do mercado de capitais em suas análises, não havendo qualquer razão, de fato ou de direito, para que a BNDESPAR não pudesse utilizar os resultados dessa avaliação para suas decisões. (Peça 1293, p. 63)

846. Alegam que os auditores do TCU concluíram que o relatório da Apsis superestimou o valor econômico da Bertin mais de dez anos após os fatos. Afirmam que equipe do TCU tem pouco histórico de análise de operações desta natureza e que sua opinião diverge dos controladores e dos acionistas minoritários especializados em gestão e acompanhamento de investimentos desta natureza. Reafirmam que nenhuma reclamação foi apresentada à CVM, tampouco nenhuma ação proposta ao Judiciário.

847. Argumenta-se que (peça 1293, p. 64):

como bem estabelecido na literatura de finanças e na prática de mercado, a variável crítica em fusões de companhias através de trocas de ações é o valor relativo estabelecido pelas relações de troca, e não valores absolutos que podem refletir o viés do avaliador para o ativo desconsiderando as projeções para todo o setor/mercado.

848. Quanto à discrepância entre o valor final de avaliação da Apsis e aquele encontrado na avaliação anteriormente realizada pelo Banco Itaú, observa-se que não haveria cabimento em o Relatório de Análise fazer menção detalhada da avaliação feita pelo Itaú, já que este estudo foi preparado visando a outra operação de fusão, qual seja, entre a Bertin S.A. e a Marfrig. Anota-se que o Banco Itaú deixa claro que utilizou em suas análises informações prestadas pela própria Bertin S.A., assim como informações consideradas públicas, sendo a utilização de partes da análise e de fatores específicos para comparação com outra transação tecnicamente equivocada, vez que pode resultar em um entendimento incorreto das conclusões. Acrescenta-se que não há modelo de avaliação absolutamente preciso e que as premissas utilizadas pelo Banco Itaú também não são à prova de falhas, apontando-se algumas que não se confirmaram.

849. Aduzem que a relação de troca utilizada na operação de incorporação (na proporção de 40% para Bertin e 60% para JBS) obedeceu às recomendações dos comitês independentes formados na JBS e na Bertin S.A., em conformidade com os procedimentos sugeridos no Parecer de Orientação CVM nº 35/08. Os comitês de ambas as empresas teriam sido compostos exclusivamente por não-administradores e teriam realizado diversas atividades (peça 424, p. 146-147):

454. Em seguida à constituição dos comitês independentes das duas empresas, cada um deles reuniu-se isoladamente para deliberar sobre os diversos aspectos da operação, notadamente no que respeitava à relação de troca.

455. O Comitê Bertin reuniu-se seis vezes, nos dias 15/10, 16/10, 28/10, 04/11, 13/11 e 26/11/2009, ocasiões em que, em meio a discussões sobre o tema, deliberou sobre: (i) a avaliação da Bertin S/A e da JBS para fins de estipulação da relação de troca de ações deveria ser feita com base em múltiplos de EBITDA, (ii) a contratação do escritório Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados para assessorar juridicamente o Comitê Bertin e o Banco Santander Brasil S.A como seu assessor financeiro e (iii) a redação do parecer para ser entregue ao Conselho de Administração da Bertin.

456. O Comitê JBS, por seu turno, reuniu-se isoladamente por sete vezes, nos dias 28/10, 30/10, 06/11, 11/11, 12/11, 20/11 e 26/11/2009, ocasiões em que, além de discutirem todos os aspectos da operação, decidiram sobre: (i) a contratação do escritório Soledade e Alcure Advogados como assessores jurídicos do comitê, (ii) a necessidade de uma apresentação pelo J. P. Morgan, assessor financeira da JBS para a operação e (iii) o texto final do relatório a ser encaminhado ao Conselho de Administração da JBS.

457. Em 18/11/2009, houve uma reunião conjunta dos Comitês Bertin e JBS, com as presenças de todos os seus respectivos membros, além de assessores jurídicos e financeiros, bem como administradores das duas empresas. Nessa reunião conjunta ficou esclarecido que o Comitê Bertin e o Comitê JBS utilizaram diversas metodologias para suas análises, inclusive as de fluxo de caixa descontado, múltiplos de EBITDA, múltiplos de operações, assim como testes de consistência dos números e relatórios de analistas de mercado. Os presentes manifestaram-se confortáveis com os resultados, pois, no geral, as metodologias apresentaram resultados muito próximos.

850. Os comitês especiais independentes das duas empresas emitiram seus respectivos relatórios, encaminhando-os aos Conselhos de Administração da Bertin S.A. e da JBS suas análises econômicas e recomendações sobre as condições econômicas da incorporação, com indicação de intervalos para as relações de troca de ações e participação na empresa combinada. Assim, os Conselhos de Administração da Bertin S.A. e da JBS deliberaram adotar a relação de substituição de 1 (uma) ação ordinária de emissão da Bertin para cada 32,45518835 novas ações de emissão da JBS resultantes do aumento de capital derivado da incorporação de ações de emissão da Bertin. Em 12/12/2009, Bertin S.A. e JBS celebraram o Protocolo e Justificação da Incorporação das Ações de Emissão da Bertin S.A. pela JBS. Os termos propostos foram aprovados pelas assembleias gerais extraordinárias de ambas as empresas, em 29/12/2009.

851. Afirma-se que, na prática, até o fato que poderia ensejar maiores digressões acabou sendo, objetivamente, destacado pelas empresas envolvidas, com igual transparência e segurança, ao se reconhecer um ágio, na ordem de R\$ 9.069.929.000,00, desta feita, derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*), mas tudo devidamente considerado, a começar do próprio Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações celebrado, bem como o que foi determinado na Instrução CVM 319/1999 (peça 518, p. 145)

852. A defesa de Sérgio Pompeu ataca as conclusões da unidade técnica, contidas na peça 203 do TC 034.935/2015-0, sobre as negociações ocultas entre os controladores da Bertin S.A. e da JBS S.A. nos seguintes termos (peça 1293, p. 82):

No entanto, da rápida leitura dos fatos, conforme relatados nos parágrafos 97 a 100 do pronunciamento da subunidade, há aparentemente um equívoco de interpretação quanto a origem e o destino dos valores transferidos entre as empresas Blessed Holding LLC, que posteriormente se soube pertencer ao grupo da JBS, e a empresa Tinto Holding, do grupo Bertin.

Isso porque enquanto no parágrafo 97 se afirma que houve a venda da participação da Tinto Holding no Bertin FIP para a Blessed LLC., no parágrafo 99 se assevera que *‘a Receita Federal observou um repasse de R\$ 4 bilhões da família Bertin para a Blessed Holding LLC, de Delaware, pertencente a Wesley e Joesley Batista, sócios controladores da JBS, conforme Termo de Depoimento prestado pelo Sr. Joesley Mendonça Batista no âmbito do IPL 1081/2016-4-SR/PF/DF’*.

Ora se a empresa Tinto Holding, do grupo Bertin, vendeu sua participação do Bertin FIP para Blessed LLC., logo o repasse foi da família Batista para a família Bertin e não ao contrário.

Portanto, não há qualquer inferência que possa ser feita quanto a suposta diferença de valor na avaliação da Bertin S/A, que aqui citamos apenas para argumentar, e os valores transferidos entre as empresas Tinto Holding, do grupo Bertin, e Blessed LLC, do grupo JBS, no exterior.

5.4.1. Análise das alegações

853. Os argumentos relativos às possibilidades de intervenção da BNDESPAR na operação já foram analisados nesta instrução, assim como os relativos à fiscalização da CVM e à ausência de questionamentos dos demais minoritários da JBS.

854. Cabe fazer algumas ponderações sobre argumentos que tomam por base o valor estimado da Bertin em 2008, de R\$ 6,655 bilhões, especialmente sobre a adição a este valor dos R\$ 2,5 bilhões aportados no referido exercício pela BNDESPAR, que levaria o valor da empresa a

R\$ 9,2 bilhões.

855. O cálculo da participação da BNDESPAR na Bertin, quando do aporte inicial, foi feito dessa forma, chegando-se ao percentual de 27,51% de participação. O raciocínio foi também mencionado pela própria unidade técnica em sua instrução. Ocorre que ele deve ser aplicado com cuidado, pois considera elementos diferentes: um valor econômico, calculado a partir de expectativas de rentabilidades futuras, e um valor absoluto, referente ao aporte.

856. A rigor, o valor econômico da empresa após o aporte dependeria da elaboração de um novo fluxo de caixa, considerando a utilização prevista para os recursos aportados. Estes poderiam, simplesmente, abater dívidas, reduzindo as despesas financeiras e, eventualmente, influenciando na própria taxa de desconto do fluxo de caixa, ou poderiam ser utilizados em investimentos, gerando novas receitas.

857. No momento imediatamente posterior ao aporte, adota-se o conceito de valor ‘*post-money*’, pelo qual o valor da empresa para o acionista seria o VPL anterior somado ao valor do aporte. Porém, considerando um horizonte mais amplo, somente a elaboração de outro fluxo de caixa, considerando a utilização pretendida do valor do aporte, poderia fornecer o novo valor econômico da empresa, o qual poderia ser menor ou maior que os R\$ 9,2 bilhões resultantes da soma.

858. Considerando, porém, que, quando da incorporação, já se sabia que o valor aportado não abateu as dívidas, que aumentaram, e que as receitas não alcançaram as projeções daquela avaliação, mostra-se razoável a conclusão do Acórdão de que a avaliação tenderia a se manter igual, ou seja, o aporte não teria influenciado positivamente as expectativas econômicas da empresa.

859. Em relação à afirmação de que não caberia fazer comparação com a avaliação feita pelo Itaú BBA, por esta ter sido feita para a operação fracassada entre Bertin S.A. e Marfrig, há que se rejeitar tal argumento. A avaliação da Bertin independia da empresa potencial incorporadora, pois deveria ser feita para a empresa antes da incorporação, considerando sua realidade. O valor da empresa seria o mesmo, independentemente da operação pretendida. Os ganhos esperados com a combinação das empresas não pertenciam a nenhuma delas antes da operação, logo não deveriam ser considerados nem na futura incorporada, nem na incorporadora. As próprias defesas trazem doutrina nesse sentido (peça 1293, p. 64, Notas de rodapé – destaque acrescido):

¹⁰ Moretto e Rossi (2008) - ‘Exchange Ratio determination in a market equilibrium’) – Managerial Finance Vol. 34 Issue: 4, pp.262-270,

¹¹ Tradução livre: As fusões foram amplamente utilizadas nas últimas décadas como forma de produzir riqueza, aumentando a eficiência e reduzindo custos. Mas qual é o preço (justo) de uma empresa-alvo na aquisição de ações? A abordagem dos ‘livros didáticos’ sugere que a troca de ações da empresa adquirida (alvo) B com ações de A, a adquirente, considerada a variável ER, onde ER é a razão entre o preço de mercado da ação B sobre o preço de mercado da ação A, chamada de taxa de troca. Pode-se mostrar, no entanto, que **a aplicação de ER desconsidera a sinergia produzida pela operação e o impacto da fusão no novo perfil de risco/retorno que caracterizará a empresa resultante, comparado às pré-existentes.**

860. O fato de o Itaú haver utilizado informações prestadas pela própria Bertin S.A. tampouco reforça o argumento, pois isso tenderia a elevar a avaliação, em vez de diminuí-la. É que, na condição de futura incorporada, interessava aos acionistas da Bertin a maior avaliação possível, logo seria esperado que fornecessem premissas otimistas. No entanto, como se sabe, a avaliação da Apsis foi superior.

861. Argumenta-se que a relação de troca, por ocasião da incorporação de ações, obedeceu às recomendações dos comitês independentes formados na JBS e na Bertin S.A., assessorados financeiramente por, respectivamente, J. P. Morgan e Banco Santander Brasil S.A. Ocorre que tanto

o Protocolo e Justificação da Incorporação das Ações quanto a Ata da AGE da JBS que aprovou a operação mencionam explicitamente a avaliação econômica feita pela Apsis, sem qualquer menção ao assessor J. P. Morgan. (Peças 420, p. 337, e 1450, p. 2)

862. A Apsis emitiu três laudos de avaliação, todos em 30/9/2009, a saber (peças 143, 144 e 145 do TC 034.935/2015-0):

LAUDO DE AVALIAÇÃO RJ-0477/09-01, tendo por objetivo: **Determinação do valor econômico das ações de BERTIN** para fins de incorporação de ações por JBS nos termos do **art. 252 da Lei 6.404/1976**. Esse laudo apontou o valor de R\$ 13.562.329 mil.

LAUDO DE AVALIAÇÃO RJ-0489/09-01, tendo por objetivo: **Cálculo dos Patrimônios Líquidos de JBS e BERTIN**, avaliados os patrimônios de ambas as sociedades segundo os mesmos critérios e nas mesmas datas a preços de mercado, para os fins do **art. 264 da Lei 6.404/1976**. Os PL foram avaliados em R\$ 6.564.188 mil para JBS e R\$ 4.155.305 mil para Bertin.

LAUDO DE AVALIAÇÃO RJ-0525/09-01, tendo por objetivo: **Determinação do valor do patrimônio líquido contábil de BERTIN** para fins de incorporação pela JBS nos termos do **art. 226 e 227 da Lei 6.404/1976**. O valor contábil foi calculado em R\$ 3.773.858 mil.

863. No item 4.1 do Protocolo e Justificação da operação, consta, ainda:

4.1. Os administradores da JBS nomearam, ad referendum da AGE da JBS, a Empresa Especializada [Apsis], responsável pela avaliação das ações de emissão da Bertin a serem incorporadas pela JBS em decorrência da presente operação; **e para elaboração do laudo de avaliação referente à relação de substituição das ações de emissão da Bertin por ações de emissão da JBS.** (destaque acrescido)

864. No entanto, não se localizou nos autos o referido 'laudo referente à relação de substituição das ações' ou outro laudo de avaliação econômica da JBS. O Protocolo e Justificação da Incorporação das Ações e a Ata da AGE tampouco fazem qualquer outra menção a tais laudos ou à avaliação econômica da JBS que subsidiou a relação de substituição de ações. Menciona-se, apenas, a aprovação da relação de 32,45518835 ações ordinárias de emissão de JBS por cada ação ordinária de emissão da Bertin.

865. Como os próprios laudos mencionam, cada um tem uma finalidade diferente. O Laudo RJ-0489/09-01, que avaliou os patrimônios líquidos de ambas as sociedades a preços de mercado, tinha por objetivo cumprir a exigência do art. 264 da Lei 6.404/1976, referente à incorporação da Bertin pela JBS, etapa posterior à incorporação das ações. Assim, ao menos formalmente, não foram os valores dessa avaliação que levaram à relação de troca acertada, embora a relação entre os PL (61,2 / 38,8) seja bastante próxima, como apontado no Voto do Relator no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

866. Da mesma forma, o valor contábil da Bertin, calculado no Laudo RJ-0525/09-01, não foi utilizado para esse fim. Com efeito, o único laudo aprovado na AGE de 29/12/2009, referente à incorporação de ações, foi o Laudo RJ-0477/09-01.

867. Assiste razão, em parte, aos responsáveis, quando afirmam que o mais importante, no caso de incorporação, não é o valor absoluto da avaliação de uma empresa, mas a relação entre os valores atribuídos às empresas envolvidas. Isso significa que, se ambas as empresas são sobreavaliadas na mesma proporção, a relação entre elas se manterá constante. O argumento falha, porém, em alguns aspectos.

868. Em primeiro lugar, é óbvio que se deve buscar a avaliação mais fidedigna possível, até para que os acionistas tenham a melhor noção do real valor de seu patrimônio. Em segundo lugar, a adoção de premissas equivocadas influencia diferentemente a avaliação de cada uma das

empresas. Isso porque a sensibilidade da avaliação de cada empresa a diferentes premissas (taxa de desconto, perpetuidade, cotação do dólar e outros) nunca será exatamente igual, ainda que sejam do mesmo ramo de atividade. Por exemplo, se o avaliador reduz a taxa de desconto para as duas empresas, ambas terão maior avaliação, mas não necessariamente na mesma proporção, já que a distribuição de seus fluxos de caixa pode não ser igual.

869. O fato é que os responsáveis não lograram afastar os indícios de que a avaliação econômica da Bertin, feita pela Apsis, apontava valor superestimado.

870. Cabe observar que a relação de substituição de ações utilizada, de 32,45518835, foi calculada a partir da proporção de 40% para a Bertin e 60% para a JBS. Os cálculos apresentados no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, que levaram à proporção de 39,25 / 60,75, consideraram apenas as ações em circulação, excluindo as ações em tesouraria. Essa diferença, porém, é irrelevante para as conclusões do presente processo, como se verá adiante.

871. Mantida a proporção 40/60, e considerando as quantidades de ações existentes em cada empresa, chega-se à mencionada relação de substituição de ações, independentemente do valor atribuído à Bertin. Assim, como o valor atribuído à Bertin foi de R\$ 11.987.963.196,14 (correspondente ao aumento de capital na JBS), conclui-se que o valor econômico atribuído à JBS foi de R\$ 17.981.944.794,21.

Empresa	Valor econômico	%	Qtd. de ações	R\$/ação	Relação de substituição
JBS	17.981.944.794,21	60%	1.394.088.826	12,898708	32,455188
Bertin	11.987.963.196,14	40%	28.636.178	418,630000	1,000000
JBS + BERTIN	29.969.907.990,35	100%			

872. O preço de emissão das novas ações é igual ao valor econômico das ações da JBS (R\$ 12,89). A quantidade de ações emitidas na JBS para a incorporação (929.392.550) foi calculada a partir da multiplicação da quantidade de ações existentes na Bertin pela relação de substituição. Ou, de outra forma, pela divisão entre o valor do aumento de capital (valor atribuído à Bertin) e o preço de emissão das novas ações da JBS.

873. Registre-se, esclarecendo uma dúvida apontada no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, que as ações da JBS não possuem valor nominal e que o valor de emissão das novas ações não se aplica às ações existentes antes da incorporação. Como colocado acima, a relação de substituição estabelecida diz respeito exclusivamente à relação entre os **valores econômicos** das empresas e às respectivas quantidades de ações, tampouco tendo relação com as estimativas de Patrimônio Líquido contábil ou a valor de mercado, as quais foram emitidas com outras finalidades, como já visto.

874. Embora tenha sido possível deduzir o valor econômico atribuído à JBS a partir da proporção estabelecida, repita-se que não há nos autos qualquer avaliação econômica dessa empresa, não sendo possível apontar, com razoável segurança, quais seriam os valores mais adequados à avaliação da Bertin S.A. e da JBS S.A., e à decorrente relação de substituição de ações.

875. Cabe refutar, também, a alegação mencionada no parágrafo 852, a respeito das transações entre os controladores da Bertin S.A. e da JBS S.A., após a conclusão da incorporação. Não há o equívoco apontado. O pronunciamento questionado (peça 203 do TC 034.935/2015-0) é claro: houve transferência de cotas do Bertin FIP, no valor de R\$ 4 bilhões, da Tinto Holding para a Blessed LLC, que pagou por essa transferência o valor simbólico de aproximadamente US\$ 20 mil.

876. Conforme cálculos apresentados naquele pronunciamento, considerando a proporção de 60,74% para JBS e 39,26% para Bertin, os acionistas da JBS teriam perdido R\$ 3,9 bilhões em valor econômico com a incorporação. Com a transferência das cotas do Bertin FIP, a família Bertin

teria devolvido à família Batista todo o valor que eles receberam a mais (na forma de ações da JBS) pelas ações da Bertin S.A. Assim, os controladores da JBS teriam ficado com lucro na operação, em detrimento dos minoritários.

877. Por fim, deve-se considerar a conclusão apresentada no parágrafo 768. Não havendo evidências de que os técnicos e administradores tinham conhecimento de tratativas escusas entre os controladores de Bertin S.A. e JBS S.A. e não havendo prejuízo para a BNDESPAR, há que se reconhecer que não seria legalmente exigível, no processo de Análise, maior aprofundamento dessas avaliações. Nessas condições, mesmo havendo indícios de que a Bertin S.A. era sobreavaliada, não haveria obrigação de a BNDESPAR ir contra o negócio, interferindo na negociação entre as partes.

878. Em tese (e, mais uma vez, partindo do pressuposto de que eram desconhecidos os acordos ocultos), os acionistas da JBS poderiam estar aceitando ‘pagar’ um valor maior que o devido pela Bertin, em função de possíveis outros ganhos. Vale lembrar que a operação incluía o apoio da BNDESPAR à aquisição da Pilgrim’s, nos EUA, o aporte de recursos para melhoria da estrutura de capital e, ainda, a liberação da aplicação dos US\$ 800,6 milhões, anteriormente aportados na JBS para aquisição da empresa norte-americana National Beef. Hoje, há evidências de que só quem arcou com o prejuízo foram os demais acionistas minoritários, porém seria admissível acreditar, à época, na hipótese aqui formulada.

879. A tese acima se fragilizaria diante da perda apontada para os controladores da JBS pelo pronunciamento do Diretor, que a estimou em aproximadamente R\$ 1,95 bilhão (50,11% de R\$ 3,9 bilhões). De fato, seria difícil acreditar que a família Batista aceitaria perda de tal monta apenas pela expectativa de rentabilidade de outros investimentos. Ocorre que esse valor foi calculado a partir da estimativa do valor econômico da JBS em aproximadamente R\$ 18 bilhões, valor utilizado para estabelecer a relação de troca das ações. Mas também não há qualquer certeza desse valor, ainda que a suposta perda praticamente coincida com o valor das cotas do Bertin FIP transferidas aos controladores da JBS.

880. Se for considerado o cálculo feito à peça 670 (v. parágrafo 24), o prejuízo para os controladores cairia para algo em torno de R\$ 382 milhões (50,11% de R\$ 763 milhões), valor ainda expressivo, porém bastante menor que R\$ 1,95 bilhão.

881. Assim, embora bastante razoável o cálculo feito pelo Sr. Diretor em seu pronunciamento, o fato é que não há certeza dos valores apontados. Mostra-se adequado, assim, conceder o benefício da dúvida aos responsáveis e acolher parcialmente as razões de justificativa quanto ao ponto relacionado ao *valuation* elaborado pela Apsis, afastando a aplicação de penalidade.

5.5. Conclusão sobre as alegações relativas à fase de Análise da operação de incorporação

882. Embora não se refiram diretamente a nenhum dos pontos de audiência, foram examinadas as alegações referentes ao teor geral do Relatório de Análise Conjunto AMC/DEINV 004/2009 e AI/DEAGRO 037/2009, concluindo-se (parágrafo 815) que não foram cumpridos integralmente os normativos aplicáveis, bem como que, especificamente, em relação à Bertin, o Relatório de Análise não cumpriu a contento seus objetivos, especialmente em relação aos aspectos econômico-financeiros relacionados à empresa.

883. Em relação ao não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas, concluiu-se por acolher parcialmente as razões de justificativa, deixando-se de aplicar multa aos responsáveis (parágrafos 836-838). O entendimento é de que havia razões para o não exercício do direito e que, embora tenha constado das audiências, a não aplicação da faculdade prevista em tal cláusula foi apontada na instrução mais como uma evidência de que a BNDESPAR estaria se beneficiando com

a incorporação do que como uma irregularidade.

884. Por fim, chegou-se à conclusão de que os responsáveis não lograram afastar os indícios de que a avaliação econômica da Bertin, feita pela Apsis, considerada no Relatório de Análise, apontava valor superestimado. No entanto, admitiu-se que, dadas as circunstâncias da operação, não seria exigível maior aprofundamento a respeito de tal avaliação, o que leva ao acolhimento parcial das razões de justificativa, deixando-se, igualmente, de aplicar penalidade aos responsáveis.

6. DANO AO BNDES

885. Transcreve-se, a seguir, parte da Proposta de Deliberação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, em que o Ministro Relator apresenta suas conclusões acerca da existência de conduta danosa por parte dos responsáveis (destaques do original).

52. Os elementos até aqui comentados contêm fortes indícios de que a análise realizada pelo BNDES sobre a operação de aporte de capital na Bertin S/A apresentou um grande número de falhas. Sob o enfoque da presente análise, é possível afirmar que essas falhas, e especialmente o efeito combinado das mesmas, resultaram em uma avaliação da Bertin não condizente com a realidade da empresa naquele momento, o que culminou em uma superestimativa do valor da empresa. Se a Bertin detinha um valor de mercado inferior àquele calculado pelo BNDES em seu *valuation*, **sou obrigado a concordar com a conclusão do Sr. Diretor, no sentido de que a recomendação de aprovação da operação nos termos em que realizada e a posterior aprovação da operação pela diretoria representaram dano imediato ao patrimônio do BNDES.**

53. Importante destacar que essa avaliação no sentido de que foi pago um valor excessivo é mais provável que a avaliação alternativa, no sentido de que a operação não preenchia as condições para ser aprovada. As condições econômico-financeiras da empresa e a forma superficial e genérica como a operação foi analisada são indícios de que se tratava de uma operação de salvamento, e não de uma operação de aporte de capital em uma empresa sadia, pronta para crescer por meio de investimentos em aquisições e expansões e plantas existentes.

54. Não obstante já ser possível atingir a conclusão no sentido de ter ocorrido conduta danosa, não é possível, ainda, com as informações comentadas até esse ponto, afirmar que efetivamente ocorreu o dano ou se foi eventualmente recuperado e, em caso de ocorrência, estima-lo. Não obstante, não tenho dúvidas de que há elementos suficientes para permitir a afirmação no sentido de que houve uma superestimativa do valor da empresa – haja vista que não foram considerados na avaliação diversos dados que teriam efeitos negativos na avaliação, ao tempo em que foram injustificadamente inflados alguns parâmetros que conduziram a uma elevação do valor –, mas encontram-se ausentes, até esse ponto, elementos objetivos que nos permitam concluir a respeito da efetiva ocorrência de dano.

55. O Sr. Diretor opina no sentido de que o dano eventualmente provocado por essa operação teria deixado de existir quando da fusão da aquisição e incorporação da Bertin S/A pela JBS S/A (§ 58 do parecer), operação que será analisada mais adiante. **Divirjo do Sr. Diretor nesse ponto.**

56. Entendo, como se verá mais adiante quando da análise da referida operação de aquisição, que o valor do investimento da BNDESPAR não foi preservado, e que um método mais objetivo de estimativa desse dano pode ser encontrado, no presente caso, utilizando parâmetros fornecidos pelas próprias empresas envolvidas – Bertin, JBS e BNDESPAR – quando da aquisição da primeira empresa pela segunda com a aprovação do banco de investimento no exercício seguinte, qual seja, o número de ações da JBS a serem trocadas pelas ações da Bertin. Uma vez que era possível extrair um valor objetivo diário no mercado para as ações da JBS, o número de ações da JBS dados em pagamento pelas ações da Bertin, no momento do anúncio do fechamento do negócio, fornecerão, a partir de metodologia adequada, o resultado do negócio para a BNDESPAR no momento do desinvestimento.

886. Conforme apontado pelo Ministro Relator, a forma como se chegou à relação de troca de ações e aos valores contabilizados como resultado da operação de incorporação não é clara. O Ministro aponta que, aparentemente, tomou-se o capital social registrado da nova JBS, qual seja R\$ 16,483 bilhões, e dividindo esse valor entre as duas empresas dele constituintes, utilizando a relação ou proporção de participação na composição da nova JBS, empregada para a troca das ações, de 60,75% para a JBS e 39,25% para a Bertin, atribuiu, então, a essa segunda empresa o valor formal de aproximadamente R\$ 6,469 bilhões e àquela primeira empresa o valor formal de aproximadamente R\$ 10,014 bilhões (anexo 6 à instrução transcrita para o relatório que fundamentou o já referido Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário). Assim, o Ministro apresenta o que seria o resultado da operação:

95. A utilização dos valores atribuíveis a cada empresa assim obtidos parece atender plenamente à condição da preservação contábil do valor do investimento da BNDESPAR. Antes da incorporação da Bertin, o valor do capital social da JBS equivalia a aproximadamente R\$ 4,495 bilhões, dos quais a BNDESPAR detinha individualmente 13%, o que significa dizer que a parcela do capital social da JBS detida pela BNDESPAR equivalia a aproximadamente R\$ 584 milhões. Com a incorporação, a BNDESPAR passou a deter 18,5% da nova JBS, equivalente a dizer que a parcela do capital social detida pela BNDESPAR passou a valer aproximadamente R\$ 3,049 bilhões. Ora, se subtrairmos o primeiro valor do segundo teremos: R\$ 3,043 bilhões - R\$ 0,584 bilhões = R\$ 2,465 bilhões. Esse valor representa, sob o aspecto contábil formal, o ganho obtido pela BNDESPAR com a realização do negócio, o qual, coincidentemente compensaria o valor investido na Bertin. De se observar que esse valor é bastante compatível com aquele registrado pelo banco como resultado do negócio, qual seja, R\$ 2,453 bilhões.

Sob o ponto de vista meramente formal e contábil, o valor do investimento da BNDESPAR na Bertin teria sido preservado com adoção dessa última opção, e o resultado a partir dela obtido é quase equivalente ao valor do investimento realizado, sem correção monetária ou juros.

É muito importante ressaltar que os valores adotados nessa opção, assim como na primeira e na segunda opções anteriormente analisadas, não detêm relação com qualquer daqueles valores advindos das diversas avaliações que foram feitas para a Bertin, e, também, não detêm relação com qualquer avaliação conhecida realizada para a JBS à época. (destaques do original)

887. Apesar da coincidência entre os valores encontrados pelos cálculos acima e aquele utilizado para registro do resultado da operação pela BNDESPAR, o Ministro Relator afirma que haveria alguns problemas em atribuir esse valor à venda do lote de ações da Bertin detido pelo banco:

101. Uma primeira consideração a ser feita é que o valor do capital social, ainda que possa em alguns casos, e deva em outros, ser utilizado para registros contábeis, não representa de forma alguma o valor econômico da empresa e, portanto, não pode ser adotado para tal finalidade. Ademais, o valor do capital social adotado no negócio, conforme já salientado, não guarda relação com qualquer das avaliações de valor econômico realizadas, salvo em termos da relação percentual entre os valores das empresas envolvidas.

102. Uma segunda consideração a ser feita é que, na forma como calculado anteriormente, a operação, se válida a descrição realizada, produz um resultado contável positivo de aproximadamente R\$ 2,465 bilhões, mas só apresenta esse resultado em razão de misturar ganhos advindos de razões diferentes e os atribuir, somados, a uma única razão. Conforme visto na hipótese agora sob análise, o valor do capital social da JBS, antes da incorporação da Bertin, teria sido elevado de R\$ 4,495 bilhões para R\$ 10,014 bilhões, uma valorização de 123%. Assim, e se utilizado esse número como novo valor do capital social, os 13% detidos pela BNDESPAR na JBS, equivalentes a R\$ 584,35 milhões, teriam passado a valer por si só, sem que sejam consideradas as ações dadas em pagamento pela participação no capital da Bertin, R\$ 1,303 bilhão. Mas essa valorização seria atribuível também às ações daqueles acionistas que não detinham quaisquer ações a Bertin.

103. Ora, se as ações anteriormente detidas passaram a valer, por si só, R\$ 1,303 bilhão, e se o valor do total das ações da JBS detidas pela BNDESPAR após a incorporação da Bertin equivalia a R\$ 3,043 bilhões (conforme já calculado acima), então o acréscimo de valor trazido ao banco pela venda das ações seria exatamente a diferença entre um valor e outro, diferença essa que equivale a R\$ 1,740 bilhões. Se esse foi o valor obtido pelo banco por suas ações da Bertin, **então teria ocorrido uma perda da ordem de R\$ 760 milhões no valor investido na Bertin no ano anterior, e não a preservação do valor investido.**

888. Em seguida, o Ministro apresenta uma forma alternativa de calcular o valor efetivamente atribuído às ações da Bertin na operação, a qual considerou mais objetiva:

105. Tenho defendido, nos demais processos envolvendo aportes de capitais realizados pela BNDESPAR, que a mais objetiva forma de se determinar o valor das ações de uma empresa é o valor das respectivas ações na bolsa de valores em determinado momento ou período. Tal forma é prevista nos regulamentos do referido banco e por ele largamente utilizada em diversas operações, inclusive em operações com a JBS. Assim, se tomarmos a data de anúncio da aquisição como a data da efetivação do negócio - 16/09/2009 (não apenas porque foi esse o momento no qual foram estabelecidas as bases do negócio, mas também porque a partir daí a cotação das ações sofreu influência do próprio anúncio), e se utilizarmos a média dos preços de fechamento dos últimos 60 pregões anteriores a essa data (conforme metodologia preconizada e largamente utilizada pela BNDESPAR), o preço justo da ação da JBS (JBSS3) seria R\$ 7,31. Multiplicando esse valor pelo número de ações da JBS (JBSS3) recebidas pela BNDESPAR por sua participação no capital da Bertin (250,2 milhões de ações), obteríamos o valor de aproximadamente R\$ 1,83 bilhão.

106. Além de sua objetividade, aderência à parâmetros empíricos e adequação metodológica, a utilização dessa forma de atribuição de valor encontra respaldo em outra informação importante presente nos autos.

107. Se considerarmos que 26,92% da Bertin detidos pela BNDESPAR valiam R\$ 1,83 bilhão a preços de mercado, então os 73,08% detidos pelos controladores da Bertin valeriam **R\$ 4,968 bilhões** a preços também de mercado. Ocorre que as informações encaminhadas a este Tribunal pela Receita Federal do Brasil a respeito dessa operação, em atendimento a solicitação da unidade técnica, indicam que as ações da JBS recebidas pelos antigos controladores da Bertin foram incorporadas ao Fundo Bertin FIP e ao patrimônio da holding FB Participações pelo valor aproximado de **R\$ 4,9 bilhões** (§ 254 da instrução e sentença judicial integrante da peça 650 destes autos). Os dois resultados são suficientemente próximos para que sejam considerados correlacionáveis, o que faz razoável a assunção de que tenham sido obtidos possivelmente a partir de mesmo parâmetro. E se tal parâmetro foi aceito pelas duas empresas na atribuição e no registro do valor de lote de ações no Fundo Bertin FIP, então, também por esse raciocínio, torna-se razoável utilizá-lo na estimativa que pretendemos fazer.

108. Adotando-se o critério do valor de mercado, e o método da média dos últimos 60 pregões anteriores ao fechamento do negócio, a operação de aporte de capital da BNDESPAR na Bertin teria produzido para o Banco um prejuízo da ordem de R\$ 670 milhões (R\$ 2,5 bilhões – R\$ 1,83 bilhão).

109. Esse valor deverá ser imputado àqueles responsáveis listados na Seção VI, retro, em razão das condutas e razões descritas na Seção V e VI, retro.

110. As transferências de valores da BNDESPAR para a Bertin, em razão da operação de aporte de capital sob análise, foram realizadas em quatro parcelas, nos valores de R\$ 1 bilhão, R\$ 600 milhões, R\$ 300 milhões, e ~ R\$ 700 milhões, em 29/04, 17/09, 29/09 e 23/12/2008, respectivamente. Como é da tradição deste Tribunal, em casos como esse, nos quais ocorreram transferências de recursos em diversas datas, a imputação de eventual débito é sempre realizada na data mais recente, por ser a forma mais favorável ao devedor, em razão da necessária incidência de correção monetária e de juros de mora. Assim, e **como o valor estimado para o dano, R\$ 670 milhões, é inferior ao da última parcela, todo o montante do dano será a ela referido, o que resulta em estabelecer como data de origem do dano, portanto, 23/12/2008.**

889. Apresentam-se, a seguir, os argumentos dos responsáveis a respeito do dano imputado.

6.1. Sobre a existência e o cálculo do dano

890. As defesas asseveram que não houve dano. E, mesmo que houvesse prejuízo, este estaria na seara de riscos e incertezas inerentes às decisões empresariais, não cabendo qualquer responsabilização, em função da *business judgment rule*. Esse seria o entendimento do TCU, expresso no Voto Revisor do Ministro Augusto Nardes, no Acórdão 637/2006-TCU-Plenário (peça 435, p. 40).

891. Afirma-se que, ante a inexistência de dano, o processo deve ser arquivado, em cumprimento à IN 71/2012 e ao art. 212 do Regimento Interno do TCU. E, ainda que se admitisse a existência do dano, haveria impossibilidade de sua liquidação, ainda que por estimativa, o que exigiria o trancamento das contas, conforme art. 21 da Lei Orgânica do TCU.

892. Em relação ao cálculo do prejuízo atribuível à operação de aporte na Bertin, as defesas questionam o fato de o Ministro Relator haver utilizado o valor de ‘venda/troca’ das ações da Bertin por ações da JBS ao final de 2009 como parâmetro de cálculo da suposta sobrevalorização das ações da Bertin em abril de 2008. Afirma-se que, caso se considere que a Bertin detinha valor inferior àquele calculado pelo BNDES em seu *valuation* – o que ocorreu no início de 2008 – e que tal equívoco teria sido responsável por ‘dano imediato ao patrimônio do BNDES’, por lógica, este dano deveria ser quantificado por este suposto sobrepreço, ou seja, com base no valor pago a maior, ainda em 2008.

893. Alega-se que o método adotado seria contraditório com os próprios termos indicados no Acórdão, na medida em que o Voto destaca que a análise realizada nesta TCE não está pautada no conceito lucro/prejuízo, mas na avaliação realizada à época dos investimentos. E, se os supostos equívocos imputados nesta TCE se relacionam, de forma específica (como denotado no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário e na citação) à elaboração do Relatório de Análise, não faz sentido que o cálculo do valor do suposto dano seja elaborado com base em informações voláteis de mercado, datadas de, pelo menos, um ano e meio depois. Acrescenta-se que, durante tal intervalo, ocorreu a crise financeira de 2008, a qual afetou diretamente o agronegócio, bem como o preço das ações da Bertin e da JBS.

894. Ainda nessa linha, apresenta-se o seguinte argumento (peça 1033, p. 6):

15. Por exemplo, se em determinado momento se constata que as ações de determinada empresa caíram 20% desde o momento de sua aquisição, não se pode dizer que os responsáveis pela decisão de adquirir tais ações deram causa a esse prejuízo, simplesmente porque o mercado de capitais é dinâmico e sujeito a influências diversas, que certamente levarão a novas oscilações, para cima ou para baixo, do valor dessas mesmas ações no tempo.

895. Indaga-se, ainda, como seria calculado o dano se não tivesse havido a incorporação, no sentido de demonstrar a desvinculação entre as operações (peça 987, p. 26).

896. Afirma-se que o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário encara a operação como se a BNDESPAR tivesse realizado uma simples troca do lote que possuía de ações da Bertin S.A. por ações de mercado da JBS, sem que houvesse qualquer alteração nas estruturas patrimoniais, operacionais, mercadológicas e econômicas das duas empresas. Seria como se elas continuassem a operar de forma separada e independente, sem sinergias, exatamente nas mesmas condições de antes da operação. Na realidade, porém, o que foi entregue à BNDESPAR foram ações da nova empresa resultante da ‘fusão’, que, por decisão estratégica, manteve o nome JBS, mas ostentava outra conformação empresarial, com outro porte, estrutura operacional muito maior, mercado ampliado, e, obviamente, outras perspectivas econômicas. Por essa razão, após a divulgação da operação de fusão, as cotações das ações teriam experimentado um compreensível processo de

rápida valorização.

897. Outra alegação apresentada é que seria errado considerar o valor da ação da JBS na data da publicação do fato relevante sobre a operação, uma vez que a BNDESPAR somente recebeu essas ações da Bertin S.A. em 31/12/2009, quando as ações da JBS, que estavam sendo negociadas a R\$ 9,32 na Bolsa de Valores, já refletiam a avaliação dos investidores sobre a nova empresa resultante da incorporação da Bertin.

898. Afirmam os responsáveis que o fato relevante de 16/9/2009 apenas informou sobre a existência de um acordo preliminar para a associação das empresas, que, conforme divulgado, ainda estava sujeita a análises e condicionantes societárias de ambas as companhias. Mencionam o caso da BRF S.A. e Marfrig Global Foods S.A. que, após anúncio, em 30/5/2019, de início de tratativas relativas à eventual combinação de negócios entre as duas companhias, informaram em 11/7/2019 que encerraram as avaliações, por não terem alcançado um acordo. Aduz-se, ainda, que a proporção de 40%-60% para os valores de capital próprio (*equity value*) da Bertin e da JBS eram apenas estimados. (Peça 495, p. 47)

899. Dessa forma, argumenta-se que:

(...) mesmo que fosse possível calcular um valor de dano partindo do racional apresentado pelo Voto – racional este que contém equívoco lógico relevante ao tentar calcular um suposto sobrepreço imediatamente ocorrido em *valuation* de abril de 2008 por meio de avaliação de ações um ano e meio após tal *valuation* –, ele deveria ser calculado, pelo menos, considerando o dia do ato jurídico de incorporação ou, ainda, o dia da efetiva aprovação da aquisição da Bertin, e não com base em uma média que sequer é condizente com o valor efetivamente recebido pelo BNDES ou com os atos jurídicos que formalizaram o negócio (o qual, repita-se, ainda não havia sido fechado em 16 de setembro de 2009).

900. A média das cotações da JBS posteriores a 16/9/2009 foi de R\$ 9,79 (nove reais e setenta e nove centavos), nos termos da seção 2.9 do Relatório de Análise Conjunto AMC/DEPAC nº 04/2009 e AI/DEAGRO nº 37/2009. Apresenta-se, ‘a título exemplificativo’, a alteração do suposto dano com base nessas premissas (peça 471, p. 113):

Data	Evento	Cotação da ação da JBS
11 de dezembro de 2009	Protocolo da incorporação de Bertin	R\$ 10,40
18 de dezembro de 2009	Média considerada pelo Relatório de Análise Conjunto AMC/DEPAC nº 04/2009 e AI/DEAGRO nº 37/2009	R\$ 9,79
29 de dezembro de 2009	Assembleia de acionistas que aprovou a incorporação de Bertin	R\$ 9,49

Data	Valor efetivo de mercado das ações da JBS	Valor do suposto dano apurado nessa TCE
11 de dezembro de 2009	R\$ 2,60 bilhões	Diferença positiva de R\$ 100 milhões (R\$ 2,6 bilhões – R\$ 2,5 bilhões)
18 de dezembro de 2009	R\$ 2,45 bilhões	Diferença negativa de R\$ 50 milhões (R\$ 2,5 bilhões – R\$ 2,45 bilhões)
29 de dezembro de 2009	R\$ 2,37 bilhões	Diferença negativa de

		R\$ 125,6 milhões (R\$ 2,5 bilhões – R\$ 2,374 bilhões)

901. Assim, o valor do suposto dano apurado nessa TCE seria inexistente ou, na pior das hipóteses, muito inferior ao valor indicado no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

902. Refuta-se, ainda, a afirmação do Ministro Relator de que a utilização de média de preços de ações ‘é prevista nos regulamentos do referido Banco e por ele largamente utilizada em diversas operações, inclusive em operações com a JBS (...) conforme metodologia preconizada e largamente utilizada pela BNDESPAR’, pois a BNDESPAR, assim como todas as instituições financeiras que atuam nessa atividade, determina o valor pelo qual toma uma decisão de investimento com base nas perspectivas futuras da companhia na qual aporta recursos, sendo o método do fluxo de caixa descontado aquele considerado mais adequado para operações desta espécie.

903. Faz-se referência à Nota Técnica GT Portaria PRESI 161/2017 nº 005/2018 do BNDES, a qual teria informado ao TCU que, das 74 operações de renda variável realizadas entre 2005 e 2016 pela BNDESPAR, que tinham por objeto a capitalização das empresas, o método de fluxo de caixa descontado foi adotado em 68 operações. Menciona-se, também, o Acórdão 1.412/2017-TCU-Plenário, no qual o Relator, Ministro Substituto Weder de Oliveira, defendeu em seu Voto, a opção pelo método do fluxo de caixa descontado. (Peça 420, p. 139-140)

904. Alguns responsáveis procuram destacar a diferença entre o caso tratado no presente processo e as demais operações da BNDESPAR com a JBS tratada em outros autos, em que o investimento realizado na JBS se caracterizava fundamentalmente pelas aquisições de ações dessa última por parte da BNDESPAR. Reconhecem que, sendo a JBS uma companhia de capital aberto com ações negociadas em bolsa de valores, em tese é possível se comparar o valor pago por ação da JBS com a cotação desses mesmos papéis, naquele determinado momento, embora ressalvem que isso não significa dizer que esta comparação é a forma mais adequada de se analisar a correção de um investimento de longo prazo.

905. Afirmam que, nesses casos, faz-se uma estimativa da quantia do dano, exatamente como prevê o art. 210, § 1º, inc. II, do RITCU, porém isso não seria possível no caso aqui tratado, pois a Bertin era uma empresa de capital fechado, não possuindo ações negociadas em bolsa de valores.

906. Aduz-se ainda que, de acordo com o § 1º do art. 170 da Lei das S.A., as ações objeto de emissão por ocasião de aumentos de capital deverão ter seu preço fixado em função das perspectivas de rentabilidade, da cotação das ações no mercado ou do valor do patrimônio líquido da companhia, de modo a, especificamente, evitar-se uma diluição injustificada da participação dos antigos acionistas quanto ao valor patrimonial da ação. Ressalta-se a discricionariedade na escolha do critério, ou critérios, de avaliação, apontando manifestação da Comissão de Valores Mobiliários nesse sentido (Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ 2005/5132).

907. Afirmar-se, também, que a CVM indica que, em casos como o ora analisado, no qual a cotação da ação em bolsa não refletiria o valor econômico futuro, deve-se privilegiar as ‘perspectivas de rentabilidade’, em detrimento do mercado secundário (Parecer de Orientação CVM nº 1, de 27 de setembro de 1978). Seria inviável a definição de um preço certo baseado exclusivamente no comportamento do ativo no passado, como se fosse possível definir uma tabela ou coisa do tipo que estipulasse, de saída, os valores aceitáveis por este ou aquele ativo baseado no que ocorreu no passado.

908. Afirmar-se que não seria possível a quantificação de dano, que é o requisito principal para a conversão do processo em tomada de contas especial, porque ganhos ou perdas com ações

somente são realizados no momento da venda dessas ações e, no caso, as ações recebidas pela BNDESPAR não foram vendidas. Apresenta-se posicionamento da Receita Federal do Brasil sobre essa questão (peça 424, p. 134).

909. Aponta-se que as ações da JBS que a BNDESPAR recebeu valiam, em 25/9/2015, R\$ 16,83/ação e, em 8/7/2019, R\$ 24,51/ação, muito acima dos R\$ 7,31 considerados pelo Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. São apresentados, ainda, dados sobre desinvestimentos, que teriam resultado em lucro para a BNDESPAR.

6.2. Inexistência de nexo causal entre a análise e aprovação do aporte e o suposto dano havido na incorporação

910. Afirma-se que o despacho do Relator à peça 688 aponta com propriedade a heterogeneidade entre a operação de investimento e a operação de incorporação, mostrando que uma não se confunde com a outra. Acrescenta-se (peça 885, p. 34):

99. A decisão de investimento na Bertin S/A *não é causa imediata e direta, e muito menos necessária*, da definição da relação de troca de ações que, de acordo com a lógica do acórdão 2.154/2018, teria resultado no prejuízo de R\$ 670 milhões para os cofres públicos.

100. Se se pensa em termos de imediatidade e necessidade, há de se considerar que a *decisão de investir não tem relação com a operação de incorporação*. A decisão de investir é uma; a decisão de incorporar - ou, ao menos, no caso da BNDESPAR, de aceitar os parâmetros da incorporação definidos pela Bertin S/A e pela JBS - é outra. Para fins de eventual responsabilização, são condutas que não se relacionam. A primeira delas, a decisão de investir na Bertin S/A, *não tem nexos direto, imediato e necessário* com o suposto dano que teria sido o resultado - aí sim - do processo de incorporação da Bertin S/A.

6.3. Sobre a análise realizada pela unidade técnica, em cumprimento ao item 9.6.5 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário

911. Conforme detalhado no histórico desta instrução, em cumprimento à determinação constante do item 9.6.5 do Acórdão, foi produzida instrução (peça 670), a qual concluiu que, se consideradas as participações do BNDES nas empresas Bertin e JBS conjuntamente, a operação de incorporação da primeira empresa pela segunda não acarretou prejuízo à entidade, tendo a operação carreado em favor do BNDES cerca de 0,61% de participação a mais do que lhe seria devido. O titular da Diretoria Técnica concordou que teria havido resultado total favorável ao BNDES de R\$ 57.300.989,77, defendendo que tal valor deve ser descontado do débito apontado no item 9.4 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário (peça 671).

912. O Diretor também concluiu por considerar isentos de responsabilidade pelos danos apurados nos presentes autos os membros da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. em 2008, e da diretoria em exercício durante o referido ano, pois eles teriam envidado esforços no sentido de reduzir por completo o prejuízo suportado pela BNDESPAR em razão do presente investimento, ainda que não tenham logrado o êxito esperado, já que, dos R\$ 2,5 bilhões, o montante de R\$ 670 milhões teria sido perdido, acarretando o débito apontado nestes autos. O titular da unidade técnica concordou com o Diretor (peça 672).

913. O Ministro Relator, entre outras considerações, destacou o fato de que teriam sido realizadas duas operações diferentes, o que poderia descaracterizar a possibilidade de compensação de valores entre os resultados de uma e outra. Não obstante, o Ministro entendeu adequada a proposição, e determinou que se oferecesse aos responsáveis a oportunidade de se manifestar sobre a análise realizada, especialmente sobre (peça 688):

(a) o resultado financeiro para o BNDES da operação de incorporação da Bertin pela JBS, uma vez que o banco era acionista de ambas as empresas; e

(b) as razões pelas quais um eventual resultado financeiro positivo resultante da segunda operação (incorporação da Bertin pela JBS) poderia/deveria compensar eventuais resultados financeiros negativos resultantes da primeira operação (aquisição de ações da Bertin em operação de renda variável).

914. Diversos responsáveis responderam à oitiva que lhes foi dirigida sem se pronunciar especificamente sobre os pontos ‘a’ e ‘b’ acima descritos, especialmente aqueles que não foram citados, ou seja, aos quais não foi imputado débito. Alguns destes se manifestaram apenas sobre o item ‘a’, manifestando concordância com a conclusão de que houve resultado positivo na incorporação.

915. Destacam que o corpo técnico do TCU, representado no pronunciamento do Diretor da SecexEstataisRJ, teria afirmado que ‘a operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS foi positiva para a BNDESPAR, bem como para todos os acionistas da JBS’ e teria dado ‘lucro para os cofres públicos de mais de R\$ 57 milhões’. Afirmar-se, ainda, que o mesmo pronunciamento teria concluído que ‘nunca houve dano na operação em tela, seja no investimento originalmente feito na Bertin, seja na incorporação dessa última pela JBS’. O próprio voto do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário teria admitido isso, ao dizer que: ‘o Sr. Diretor opina no sentido de que o dano eventualmente provocado por essa operação teria deixado de existir quando da fusão da aquisição e incorporação da Bertin S/A pela JBS S/A’. (Peça 909, p. 20)

916. Registra-se, também, a divergência do Relator quanto ao posicionamento da unidade técnica e que ‘a tese da operação danosa, isto é, da operação que teria resultado em dano ao erário, não pertence ao corpo técnico da SecexEstataisRJ’.

917. Especificamente sobre o item ‘a’ do Despacho, a defesa de João Paulo dos Reis Velloso, em linha com outros responsáveis, aduz que (peça 920, p. 17):

(...) a análise sobre resultados financeiros do BNDES na operação de incorporação é imprópria porque até o momento as ações da JBS fazem parte da carteira de ativos da BNDESPAR, sofrendo, por evidente, modificações e influências de mercado em relação ao seu valor, que tornam impossível a análise estanque pretendida por essa e. Corte.

918. Sobre o item ‘b’, a defesa de João Paulo dos Reis Velloso aduz que ‘como as ações não foram alienadas (...), ainda pertencentes à carteira de ativos da BNDESPAR, o suposto prejuízo de R\$ 670 milhões, é na verdade, ficto e inexistente, já que não houve venda’ (peça 920, p. 23). Acrescenta que:

64. Para que houvesse efetiva relação entre as operações a possibilitar eventual compensação, essa e. Corte deveria, antes de tudo, ter analisado os termos da subscrição de ações, questionando o preço unitário estabelecido, para que somente ante a essas conclusões, pudesse ser constatada eventual subavaliação ou sobreavaliação do valor da BERTIN. O que não se pode, com a devida vênia, é que essa análise seja empenhada partindo-se de elementos referentes à segunda operação, que contou, na verdade, com fatores de acompanhamento distintos e resultados próprios para aquele tipo de ato societário.

919. A defesa de Élvio Lima Gaspar afirma que não houve diluição da participação acionária da BNDESPAR na JBS S.A. na operação de incorporação e que, na linha de raciocínio da unidade técnica, a compensação dos ganhos e prejuízos que a BNDESPAR teria incorrido na operação deveria partir de montantes iguais (peça 435, p. 44 – destaques do original):

(...) Como o suposto prejuízo que havia sido constatado para todos os sócios da JBS S.A. era de R\$ 3.918.524.175,14, conforme a instrução conduzida pela SecexEstataisRJ, a fatia que corresponderia à BNDESPAR enquanto acionista da JBS S.A. seria 19,42% desse total. Nesse mesmo sentido, como o prejuízo da JBS S.A. corresponderia ao exato lucro obtido pela Bertin S.A. na operação, o lucro respectivo da BNDESPAR, enquanto acionista da Bertin S.A., seria de 26,92% desse total.

5.2.5. Nesse cenário, enquanto o suposto prejuízo atribuído à BNDESPAR em razão de sua participação na JBS S.A. seria de R\$ 760.977.394,81, o lucro correspondente pela sua participação na Bertin S.A. seria de R\$ 1.054.866.707,94, ocasionando um resultado positivo para o Banco de R\$ 293.889.313,13. O equívoco cometido pela Secretaria quando da avaliação dos resultados residuiu em utilizar como suposto prejuízo total R\$ 763.457.232,83, fundamentando-se erroneamente na Instrução. Dessa forma, seu resultado divergiu do correto quando a diferença encontrada foi apenas de R\$ 57.300.989,77.

5.2.6. Sendo assim, não cabe a responsabilização do Defendente (ou de qualquer membro da BNDESPAR) por dano à BNDESPAR na qualidade de acionista minoritário da JBS S.A., **pois a visão agregada da transação retrata o resultado positivo auferido pelo Banco**, o qual já fora reconhecido pela SecexEstataisRJ, apesar de tê-lo sido em montante menor que o inicialmente esperado, tal como acima exposto.

920. Alguns responsáveis aduzem que a própria SecexEstataisRJ pronunciou-se em 12/12/2018 no sentido de propor ‘considerar isentos de responsabilidade pelos danos apurados nos presentes autos os membros do Conselho de Administração do BNDES/BNDESPAR, os membros do Conselho Fiscal do BNDES/BNDESPAR, os membros do Comitê de Auditoria do BNDES/BNDESPAR, e os membros da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S/A em 2008, e da diretoria em exercício durante o referido ano’.

921. O reconhecimento pela SecexEstataisRJ dos esforços da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na Bertin S.A. em 2008 e da Diretoria em exercício no ano para reverter por completo o resultado negativo inicial do investimento já havia sido apresentado ao Tribunal desde 11/3/2018 (peça 203 do TC 034.935/2015-0), isto é, antes da conversão da Representação em Tomada de Contas Especial, quando a Secretaria entendeu que a operação logrou salvaguardar integralmente os R\$ 2,5 bilhões investidos na Bertin.

6.4. Análise das Alegações

922. Conforme exposto, unidade técnica e Relator concordaram que não houve débito na operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., malgrado haver indícios de prejuízo aos demais sócios minoritários. Também concordaram que houve prejuízo para a BNDESPAR na primeira operação, de aporte de R\$ 2,5 bilhões na Bertin S.A., com o recebimento de ações em número menor do que lhe seria devido, em função da sobreavaliação da Bertin S.A.

923. Inicialmente, o posicionamento final da unidade técnica foi no sentido de que o resultado observado na incorporação eliminou o prejuízo havido no aporte inicial. O Ministro Relator discordou desse posicionamento, concluindo que restaria débito de R\$ 670 milhões, valor calculado, também, tendo por base o que a BNDESPAR recebeu na operação, porém não mais pelo valor econômico, mas sim pela média da cotação das ações da JBS nos últimos sessenta pregões anteriores ao anúncio da incorporação. Esse foi o valor que constou das citações, conforme item 9.4 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

924. Como se observa do contexto acima resumido e das alegações apresentadas, uma questão fulcral para o deslinde do processo é a possibilidade, em termos gerais, e a viabilidade, no caso concreto, de se utilizar o resultado observado ao final de uma operação, ou em algum momento posterior, para aferir a existência ou montante de dano no início da operação.

925. Inicialmente, analisando a situação em tese, conclui-se que não seria admissível essa possibilidade. O próprio Relator, como alegam as defesas, aborda essa questão em seu Voto:

57. Importante deixar claro que não se trata de apurar dano em uma operação bancária – financiamento ou aporte de capital - a partir da eventualidade do resultado lucro ou prejuízo. As operações finalísticas das instituições bancárias oficiais encontram-se sujeitas ao risco do negócio e do mercado, em vista do que os eventuais resultados negativos dessas operações, **quando**

regularmente analisadas e aprovadas, não podem ser considerados dano ao patrimônio do banco passível de ressarcimento pelos responsáveis pelas operações.

926. Havendo falha na análise/aprovação da operação, aponta o Relator, seu resultado passa a ser determinante:

58. (...) Se a operação tiver produzido lucro ou tiver sido simplesmente adimplida, os responsáveis pelas irregularidades observadas deverão ser apenas multados pelas condutas irregulares por eles praticadas. Não obstante, se a operação tiver produzido prejuízo ou tiver sido inadimplida, os responsáveis, além de receberem multa por conduta irregular, poderão ser ainda responsabilizados pelo eventual dano provocado à instituição financeira.

927. O adimplemento de uma operação (de empréstimo/financiamento), elimina, sem dúvida, o dano relativo ao principal da operação, restando somente a possibilidade de eventual dano relativo a encargos ou juros. No caso de aquisição (ou mesmo venda) de um ativo, como uma participação acionária, porém, não haveria, em regra, que se falar em adimplemento, remetendo a questão ao conceito de **resultado** da operação.

928. Nesse caso, a simples comparação entre valores de aquisição e venda pode levar a distorções, ocultando o real resultado da operação. Essa questão foi tratada pelo Tribunal no caso da aquisição, pela Petrobras, da Refinaria de Pasadena (Acórdão 834/2021-TCU-Plenário). Lá, os responsáveis alegaram que a refinaria se valorizou após a aquisição, o que afastaria o suposto dano no momento inicial. A conclusão a que se chegou está expressa no seguinte trecho do Voto do Relator, Min. Vital do Rego:

347. É do conhecimento de todos que, em uma atividade econômica, sem riscos não há lucros. Esse é o princípio básico de umas das teses de defesa alegadas nestes autos, a de que o administrador não teria obrigações de fim, mas sim de meio, não havendo possibilidade de punição por decisões que eventualmente resultaram em mau negócio para uma organização.

(...)

350. Uso essas ideias iniciais para registrar que não se está aqui avaliando se o empreendimento Pasadena, ao final e ao cabo, deu lucro ou prejuízo. Como bem pontuou a unidade técnica, a sobrevalorização da refinaria no momento da compra de sua primeira metade resultou em prejuízo para a estatal, pois, se os resultados foram positivos, poderiam ter sido ainda maiores; e se foram negativos, poderiam ter sido menores. Ou seja, o foco aqui é o valor da aquisição. (destaque do original)

929. A situação aqui analisada é, em alguns aspectos, bastante semelhante à acima referida: em ambas, em linhas gerais, houve a aquisição de participação em uma empresa por quantia superior ao seu valor de mercado; em ambas, esse valor de mercado foi estimado pelo valor presente líquido (VPL), calculado pelo método do fluxo de caixa descontado.

930. O VPL representa o preço de mercado de um ativo, calculado a partir de técnica reconhecida no meio acadêmico e empresarial, a qual considera o valor presente do fluxo de caixa futuro da empresa, este calculado a partir de suas expectativas de desempenho. Isso foi reconhecido, também, em outra decisão do Tribunal (Voto Complementar do Relator, Ministro Benjamin Zymler, no Acórdão 2750/2020-TCU-Plenário):

28. Note-se que a situação aqui tratada é completamente distinta daquela outra envolvendo a refinaria de Pasadena. Lá, o emprego das técnicas de **valuation** (técnicas destinadas à avaliação de empresas) tinha o restrito propósito de estabelecer um preço de referência para o bem, preço esse verificado em momento certo e específico. Em outras palavras, o que se buscava, então, era o preço de mercado da refinaria, para identificação de eventual sobrepreço. Isso foi feito pela comparação entre o preço de mercado apurado e o preço efetivamente pago pelo ativo.

931. Com efeito, se é constatado prejuízo na aquisição de uma empresa, os ganhos ou perdas observados em momento futuro poderão amenizar ou aumentar a perda inicial. Se esse

resultado posterior, porém, deriva apenas dos riscos de mercado ou de outros fatores não relacionados aos termos da operação inicial, ele não deve ser utilizado para reduzir sua responsabilidade pelo prejuízo inicial, tampouco para aumentá-la. São valores que não se confundem.

932. A questão deve ser analisada, ainda, pela ótica do nexo de causalidade. Se os resultados posteriormente alcançados não são resultado direto e imediato da ação de quem deu causa ao prejuízo inicial, eles tampouco devem ser considerados para reduzi-lo ou aumentá-lo.

933. No caso em análise, houve aquisição de percentual de participação na Bertin S.A. com base em *valuation* elaborado com premissas equivocadas, conforme se concluiu. Porém, não se possui outra avaliação que se julgue adequada, tampouco foi possível refazer o *valuation*, de modo a se chegar a valor exato, ou que se possa atribuir com razoável certeza à empresa naquele momento. Com isso, não foi possível quantificar o dano no momento da primeira operação.

934. A metodologia adotada pelo Ministro Relator, como já exposto, adota, então, como referência, o valor das ações da JBS recebidas pela BNDESPAR em troca de suas ações da Bertin, ou seja, em troca dessa participação na empresa. Adequadamente, considera o valor médio da cotação dessas ações antes do anúncio da incorporação, de modo a não incorporar o efeito desse anúncio, pelo qual o mercado passou a carrear ao preço possíveis ganhos de desempenho advindos da combinação dos negócios das duas empresas.

935. Considerar o preço das ações após a incorporação, como alguns responsáveis defendem, distanciaria ainda mais tais resultados do momento da ocorrência do dano, qual seja, o aporte inicial. Ocorre que mesmo as sessenta cotações anteriores ao mencionado anúncio já sofriam impactos outros, que não mais diziam respeito ao valor da empresa antes do aporte. Na verdade, a dificuldade de correlação é ainda maior, pois não se trata de ações da mesma empresa, a Bertin, mas de outra, a JBS. E se tratava de ações cotadas em momento posterior (julho a setembro de 2009), em que o mercado ainda sofria os impactos da crise de 2008.

936. Outro problema é que há dúvidas sobre a própria quantidade de ações da JBS que deveriam ser recebidas pela BNDESPAR. Como também se questionam os valores atribuídos a Bertin e JBS na incorporação, não há confiança na correção da relação de troca de ações utilizada e, por consequência, da quantidade de ações transferidas à BNDESPAR.

937. Assim, há que se acatar os argumentos no sentido de que o dano teria de ser apurado no momento do aporte, o que leva ao afastamento do débito imputado aos responsáveis. Há suficientes indícios de que a Bertin S.A. foi sobreavaliada, porém não há razoável certeza sobre qual seria o seu valor de mercado naquele momento, impossibilitando, até mesmo, o cálculo do dano por estimativa.

938. A Bertin S.A. havia sido criada há poucos meses, a partir da segregação de atividades da Bertin Ltda. Se mesmo os demonstrativos desta empresa já não eram de todo confiáveis, especialmente por se tratar de empresa familiar de capital fechado, com problemas de governança, ainda mais desconfiança havia para a Bertin S.A., recém-criada, que sequer tinha escrituração contábil pretérita. Conforme análise apresentada no item 3.3. da instrução, os demonstrativos pró-forma preparados apresentam dados incoerentes, carecendo de confiabilidade.

939. Assim, a produção de nova avaliação econômica, ou mesmo a promoção de ajustes na avaliação feita pela BNDESPAR, que já seriam tarefas bastante complexas, mostram-se inviáveis nesse momento. A respeito dessa complexidade, pode-se mencionar a doutrina de Alexandre Assaf Neto (*Valuation*, 2014, p. 221-222), que aponta várias dificuldades para a avaliação de empresas de capital fechado, as quais vão além das aqui apontadas.

940. Apesar dessa conclusão, no sentido de afastamento do dano, examinam-se a seguir as

demais alegações apresentadas pelos responsáveis acerca do prejuízo apontado.

941. Acerca das alegações referentes à aplicação da *Business Judgement Rule*, anote-se que a possibilidade de responsabilização de cada indivíduo será avaliada em item específico dessa instrução, considerando, entre outros fatores, os requisitos da BJR. Mas já é possível adiantar que não se trata de mera decisão negocial. Como já colocado, não se busca impor responsabilidade pelo resultado da operação, mas pelos apontados erros na avaliação da empresa, quando da aquisição da participação.

942. Sobre a alegação de que a BNDESPAR recebeu ações de uma nova empresa resultante da incorporação, isso, de fato, aconteceu. A partir do anúncio da operação, antes mesmo de sua concretização, o mercado já passou a precificar seus possíveis efeitos, como ocorre com qualquer fato relevante que possa, no entender dos investidores, impactar os resultados de uma ou mais empresas. Exatamente por isso o Ministro Relator decidiu por considerar as cotações das ações da JBS antes do anúncio conjunto da Bertin e da JBS sobre a operação, em 16/9/2009.

943. O que não se pode acatar na alegação é que esses novos valores sejam considerados para efeito de aferição dos resultados da operação. A relação de troca de ações é definida tendo por base os valores econômicos de cada empresa como ela se encontra (*as is*), **antes da operação**, não depois. Assaf Neto denomina esse valor da empresa como *Status Quo*. Alguns autores o chamam de ‘valor justo’, denominação que aqui será utilizada. Tome-se um exemplo hipotético bastante simples: a empresa A pretende incorporar a empresa B, cujo valor econômico (X), no momento da decisão (valor justo), é metade do valor justo de A (2X). Nesses termos, para efeito de troca de ações, a empresa resultante será avaliada em 3X (a soma das duas empresas), os acionistas de A ficarão com 2/3 das ações e os acionistas de B, com 1/3 das ações.

944. Por óbvio, as empresas ingressam nesse tipo de operação com a expectativa de que haverá ganhos, que os resultados da nova empresa sejam superiores que a soma dos resultados esperados para cada empresa individualmente, sem a incorporação. Esses ganhos podem decorrer da melhora na gestão e governança da empresa incorporada (valor do controle) e das sinergias resultantes da combinação dos negócios. Em função disso, é natural que o adquirente/incorporador pague algo mais que o valor justo, transferindo parte desse ganho, o que seria o ágio. Assaf Neto, citando Rappaport e Mauboussin (*Análise de Investimentos*, 2002), representa essa relação pela seguinte fórmula:

$$\text{Valor Criado pelas Fusões e Aquisições} = \text{Valor da Sinergia} - \text{Ágio}$$

945. É possível observar que, se o ágio chegar ao valor da sinergia, não haverá criação de valor, ou seja, todo o ganho que se espera obter com a operação será transferido ao vendedor, ou, no caso, ao acionista da empresa incorporada. Por essa razão, o comprador/incorporador diligente e competente jamais avaliará a empresa incorporada pelo valor da nova empresa, resultante da operação.

946. É natural que, feito o anúncio da operação, o mercado faça suas projeções e eleve ou diminua a cotação das ações de uma ou outra empresa, conforme entenda que seus acionistas irão ganhar ou perder com a operação. No caso, apenas a JBS possuía ações em bolsa, as quais foram valorizadas após o anúncio. Isso, porém, não poderia influenciar na relação de troca definida.

947. Por tudo isso, rejeitam-se as alegações no sentido de usar como parâmetro de avaliação da Bertin as cotações das ações da JBS posteriores ao anúncio.

948. Passa-se à alegação referente à utilização preferencial do método do fluxo de caixa descontado, frente à média de cotações históricas das ações da empresa alvo (parágrafo 902 e seguintes). Segundo levantamento apresentado pelo BNDES (tabela à peça 420, p. 324), em 68 operações, de uma amostra de 74, teria sido utilizado o FCD, contrariando o que teria sido afirmado pelo Ministro Relator em seu voto no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

949. Observa-se da própria tabela que o mencionado levantamento considera que foi utilizado o FCD em operações nas quais formalmente se calculou o preço por média de cotações, o que faz com que se atinja o número informado de 68 operações. Ora, o fato de a equipe de análise haver realizado avaliação econômica pelo FCD não muda o fato de ter sido definido o preço pela média de cotações. Deduz-se (não foi possível, nem parece necessário, checar tal informação) que a avaliação econômica (pelo FCD) tenha sido feita a fim de avaliar se seria vantajoso exercer alguma opção prevista em contrato, que previa a utilização de médias de cotações para cálculo do preço de exercício.

950. Registre-se que não se afirma, no Voto, que o cálculo pela média de cotações seja melhor que o método do FCD. O que houve é que, diante da imprecisão dos números envolvidos, das respostas pouco esclarecedoras do BNDES e das evidências de falhas nas avaliações econômicas pelo método do FCD, entendeu-se que a alternativa de utilizar a média das cotações se mostrava mais apropriada. Como apontou o Relator, essa forma de cálculo é ‘largamente utilizada pela BNDESPAR’. E ainda que não seja a mais utilizada, ela é, sim, aplicada em várias operações pela entidade.

951. No caso presente, porém, como já se concluiu, a média das sessenta cotações anteriores ao anúncio da incorporação não deve ser utilizada como referência de preço por outros motivos, quais sejam, tratar-se de ação de outra empresa e calculada em momento diverso, em que o preço já havia sofrido a influência de outros fatores, posteriores ao momento do aporte na Bertin.

952. Quanto à preponderância da avaliação econômica (visão de futuro) sobre a cotação das ações (visão de passado), bem como às orientações da CVM, tem-se, mais uma vez, que o problema foram as falhas nas avaliações realizadas, não a validade da avaliação baseada no fluxo de caixa futuro.

953. Sobre as alegações pertinentes às conclusões do Sr. Diretor (parágrafo 915), as defesas apresentam afirmações que não condizem com o teor do pronunciamento. Em primeiro lugar, não se disse que a incorporação foi boa para todos os acionistas da JBS. Ao contrário, o pronunciamento é taxativo em afirmar que os minoritários, à exceção da BNDESPAR, foram prejudicados.

954. Tampouco houve, no mesmo documento, qualquer conclusão no sentido de que a operação inicial (aporte na Bertin) não tivesse sido prejudicial. Sobre isso, registre-se que o pronunciamento à peça 203 do TC 034.935/2015-0 chegou a concluir que o ganho na incorporação teria compensado o prejuízo no aporte inicial, porém o Relator discordou desse cálculo, como já apontado. À peça 671, novamente, se apontou a existência de ganho de R\$ 57 milhões na incorporação, isoladamente considerada, porém considerando o prejuízo estimado em R\$ 670 milhões no aporte, foi proposta apenas a compensação do valor, permanecendo, porém, o prejuízo no conjunto das operações.

955. A respeito da alegação contida no parágrafo 919, a defesa se equivoca ao utilizar cálculo mencionado no Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, mas que já havia sido superado. No parágrafo 116 do Voto do mesmo Acórdão, o Ministro Relator já aponta sua discordância com tal cálculo, adotando como valor do dano R\$ 670 milhões, calculado a partir da média dos últimos sessenta pregões anteriores ao anúncio da operação, como já exposto.

956. Por outro lado, a defesa acerta ao afirmar que o mesmo valor atribuído como prejuízo para os acionistas da JBS deve ser considerado como ganho para os acionistas da Bertin. Com efeito, em reanálise determinada pelo Relator, a unidade técnica concluiu por adotar como valor do dano aos acionistas da JBS na incorporação, não mais o valor de R\$ 3,9 bilhões, como inicialmente apontado, mas R\$ 763.457.232,83, aplicando-se a este valor os percentuais de participação da BNDESPAR na JBS e na Bertin, exatamente como defendido pela defesa. O fato de não haver

prejuízo à BNDESPAR na incorporação, porém, não desconstitui o prejuízo na operação inicial, como já apontado.

957. Concluiu-se, até aqui, que as alegações de defesa e razões de justificativa apresentadas não lograram afastar as conclusões de que houve dano à BNDESPAR na operação inicial, de aporte de R\$ 2,5 bilhões na Bertin, causado pela sobreavaliação da empresa, o que acarretou o recebimento de ações em número inferior ao que caberia à BNDESPAR, se considerado o valor justo da empresa.

958. Concluiu-se, também, pela inadequação do cálculo do débito imputado aos responsáveis, bem como pela impossibilidade de realização de novo cálculo, ante a falta de informações mínimas para tal tarefa.

959. Tais conclusões, no entanto, não impõem o arquivamento do processo ou trancamento das contas, como pleiteiam os responsáveis. A impossibilidade de cálculo do débito não acarreta, por si, a inexistência de dano e não constitui impedimento do julgamento das contas, tampouco configura a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Ademais, concluiu-se pela existência de falhas, cujas razões de justificativa foram rejeitadas, sendo proposta a aplicação de penalidades aos responsáveis, como se verá adiante.

7. ANÁLISE DAS CONDUTAS E CULPABILIDADE

7.1. Alegações atinentes a todos os responsáveis

960. Segundo os defendentes, nos termos da própria jurisprudência do TCU, a responsabilidade administrativa, para fins de punição, nos termos da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU - LO/TCU), requer a configuração de ato ilícito ou irregular, vinculado, por um nexo de causalidade direta ou imediata, a uma conduta culposa (em sentido amplo) do agente público. Os pressupostos básicos para incidência das sanções previstas no referido diploma legal, os quais não estariam presentes no caso sob exame, são, portanto, três: (1) ilicitude ou irregularidade, (2) nexo causal, e (3) culpa.

961. Adiciona-se a eles, ainda, a necessidade de que o ato praticado configure ilícito ou irregularidade especificamente abrangida por alguma das hipóteses previstas na LO/TCU. Isso significa que há exigência, também, de tipificação do ato praticado em algum dos incisos do art. 58 ou no art. 60 do referido diploma legal.

962. Afirma-se que as recentes alterações trazidas pela Lei 13.655/2018 à LINDB buscaram limitar a possibilidade de responsabilização pessoal dos agentes públicos, tornando expressa a exigência de dolo ou erro grosseiro - que seria mais do que uma culpa 'simples' em sentido estrito (art. 28). Assim, a responsabilização perante o TCU, atualmente, demanda a atuação dolosa do agente - possivelmente, presumida em casos de manifesta contrariedade às normas legais - ou erro grosseiro.

963. Alega-se que o STF, no Inquérito 2.482/MG (Plenário) e no Inquérito 3.674/RJ (Primeira Turma), firmaram o entendimento de que 'a inexigibilidade da licitação fundada em parecer jurídico lavrado idoneamente pelo órgão competente descaracteriza o crime'. Dessa forma, quem segue todos os procedimentos estabelecidos, consulta áreas técnicas e tem posicionamentos claros no sentido de que a operação é legítima e não contraria os normativos em vigor, não possui vontade de praticar qualquer ilícito, afastando o dolo. Esse teria sido o caso das operações tratadas nos presentes autos. (Peça 276, p. 70)

964. Aduz-se, ainda, que o juízo de valor emitido pelo Relator não se coaduna com a própria essência do braço de investimento do Banco, pois o investimento é um julgamento de conveniência e oportunidade que ele mesmo faz por meio das informações por ele obtidas.

965. Afirma-se que a área técnica do Tribunal reconhece que tanto diretoria quanto equipe de acompanhamento ‘envidaram esforços no sentido de reduzir por completo o [suposto] prejuízo suportado pela BNDESPAR’. Assim, se não houve omissão, os justificantes não poderiam ser chamados a responder por qualquer irregularidade formal no que diz respeito a todo o processo de aporte de capital na Bertin. Se não há omissão, se não há quebra do dever de cuidado, se não há desídia ou negligência, os justificantes não poderiam ser responsabilizados, e isso valeria tanto para o dano quanto para as alegadas irregularidades apontadas pelo Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

7.1.1. Análise das alegações

966. Nas sessões seguintes, serão apresentadas as conclusões sobre as responsabilidades de cada grupo de agentes, considerando os fatos que lhes foram imputados e as respectivas análises objetivas realizadas nas sessões anteriores, bem como as condutas apuradas e as respectivas justificativas. Tudo isso será realizado à luz da legislação, incluindo, por óbvio, a LO/TCU e a LINDB. As demais alegações resumidas nesse item também serão consideradas nesse exame.

967. A questão a respeito da correta interpretação de termos do art. 58 da LO/TCU já foi tratada nos parágrafos 87 e seguintes.

7.2. Alegações atinentes a empregados não integrantes de órgãos estatutários

7.2.1. Dispositivos da Lei das SA não se aplicam a não administradores

968. Os responsáveis integrantes das equipes técnicas alegam que os artigos apontados pelo TCU como supostamente violados por eles (art. 153, art. 154, art. 155, inciso II; art. 158, inciso I e parágrafos 1º e 2º e art. 160, todos da Lei 6.404/76) encontram-se na Lei das S.A., no capítulo atinente à responsabilidade dos administradores. Como não são administradores, o TCU não pode imputar a eles responsabilidades próprias daqueles, dispostos na Lei das S.A.

969. Afirma-se que somente estariam sujeitos às disposições da Lei das S.A. os ocupantes de cargos formalmente eleitos e empossados de acordo com a respectiva previsão estatutária. De acordo com o art. 16 da Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista, consideram-se administradores os membros do Conselho de Administração e da Diretoria.

970. Alega-se que a CVM, em função do disposto no art. 160 da Lei 6.404/76, limita a aplicação dos arts. 153 a 159 da mesma lei aos órgãos com funções técnicas ou consultivas criados por disposição estatutária.

971. Asseveram, também, que, ao assinar as instruções padronizadas ou notas técnicas, não foram signatários de decisão, não podendo ser responsabilizados por ato de terceiros.

972. Asseveram que a expressão ‘gestão temerária’, utilizada pelo TCU, foi manejada de maneira atécnica, numa espécie de ‘hipérbole retórica’, o que impõe a inaplicabilidade da imputação. Afirmam que o crime de gestão temerária é tipificado no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 7.492/86, conhecida como ‘Lei do Colarinho Branco’, tipo completamente exógeno e distinto dos enunciados normativos apontados pela Corte de Contas.

973. Acrescentam que, segundo a jurisprudência, até mesmo nos casos de crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária, exige-se que o agente exerça função de administração na instituição financeira, com poder de gestão/decisão, conforme prescreve *caput* e incisos do artigo 25 da Lei 7.492/86.

7.2.2. A natureza das IP e Relatórios de Análise é somente informativa/consultiva

974. Alguns responsáveis afirmam que a Resolução DIR nº 1.470/2007 – BNDES e outros normativos internos do banco apontam que o objetivo dos relatórios de análise é de natureza consultiva, atrelada ao apontamento de informações relevantes à tomada de decisão pela alçada

competente. Assim, esses documentos nunca poderiam ser imputados com caráter ‘propositivo’, como teria prevalecido na instrução do processo. (Peça 1280, p. 33)

975. Dessa forma, somente seria possível responsabilizar os signatários, solidariamente com o administrador que toma a decisão, se evidenciada a existência de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa.

976. Ressaltam o caráter multidisciplinar do relatório de análise, agregando informações diversas acerca do postulante e da operação, razão pela qual todos os profissionais que atuaram na sua elaboração devem subscrevê-lo. A assinatura conjunta, no entanto, não resultaria na verificação ou confirmação de informações que estão além da esfera funcional de cada um desses profissionais, em especial nas hipóteses nas quais tais dados fogem completamente à sua expertise. A escolha de tal formato pelo Sistema BNDES é por questões de ordem prática, com a confluência de todas as análises realizadas em apenas um documento, observada e respeitada a distribuição de atribuições de cada área.

977. Remete-se à Resolução DIR 1.474/2007 BNDES, que alterou a Resolução DIR 1.186/2005-BNDES, que consolidou a Organização Interna Básica (OIB) do BNDES, defendendo que a responsabilização considere as atribuições dos setores e cargos nela definidas.

978. Os responsáveis alegam que o Tribunal parece questionar a própria realização da operação de apoio financeiro, ou seja, o mérito administrativo de conveniência e oportunidade da decisão tomada pela Diretoria da BNDESPAR. O mérito dessa decisão, porém, não pertenceria aos funcionários da BNDESPAR, em especial, aos advogados, asseveram estes, mas sim, às esferas decisórias competentes.

979. As defesas dos advogados chamados em audiência/citação apontam a jurisprudência do TCU e do STF para afastar a responsabilização do corpo jurídico, dado que não se tratava de parecer vinculante, mas opinativo, e que não foi comprovada a existência de dolo ou erro grave e inescusável.

7.2.3. Os responsáveis pelo Enquadramento não agiram com dolo ou erro grosseiro

980. As defesas de tais responsáveis alegam que não há nada nos autos que sequer indiciem a consciência e a vontade dos jurisdicionados em conceder suposto tratamento privilegiado ou indevido aos controladores da Bertin. A atuação dos jurisdicionados teria sido voltada exclusivamente ao cumprimento de suas atribuições profissionais, com a diligência e o cuidado devidos, em observâncias às normas e à praxe do Sistema BNDES.

981. Alegam não ser possível exigir-se a juntada de elementos adicionais de prova a esse respeito, destacando a dificuldade de comprovação de fato negativo

982. Afirmam tampouco ser possível qualificar a conduta dos jurisdicionados como eivada de **erro grosseiro**, nos termos do art. 28 da LINDB, pois atuaram nos estritos limites de sua competência, em plena consonância com os normativos e a praxe da instituição. Essa atuação, que não tinha sua presunção de validade e legitimidade sequer questionada à época, não pode ser reputada grosseiramente equivocada apenas porque distinta do procedimento ou modelo idealizado - hoje - pelo TCU para o fluxo operacional do Sistema BNDES.

983. Consigna-se que sequer seria possível estabelecer culpa ‘simples’ / estrita ou não qualificada na conduta dos jurisdicionados, a fim de responsabilizá-los por um pretenso favorecimento à Bertin, pois teriam agido conforme qualquer ‘homem médio’ faria ao avaliar o enquadramento da operação JBS/Bertin e, tal como o próprio TCU reconheceu em 2010, concluíram que o pleito à época apresentado se inseria nas políticas gerais do Sistema BNDES, tendo, portanto, condições de ser analisado pela instituição.

7.2.4. Os advogados agiram dentro de suas atribuições, não havendo relação de causalidade entre sua atuação, as falhas apontadas e o suposto dano

984. Alega-se que, embora a Informação Padronizada seja uma peça única – o que era e ainda é uma prática formal do BNDES, para concentrar num único instrumento as manifestações técnicas de diversas equipes –, o citado documento ostenta conteúdos variados, contendo uma justaposição de registros, informes e pareceres elaborados pelos respectivos setores técnicos responsáveis, no âmbito de suas específicas atribuições. Assim, não poderiam todos os signatários do documento ser responsáveis pelo seu inteiro teor.

985. Não haveria como se exigir, por limitação funcional e mesmo por conta das disposições da Lei 8.906/1994, que a assessoria jurídica pudesse opinar – ou confirmar – as informações recebidas sobre aspectos econômicos das operações do BNDES. A assinatura dos advogados no Relatório de Análise não pode ser interpretada como uma verificação e/ou confirmação desses aspectos.

986. Aduz-se que o próprio acórdão não questiona a juridicidade da operação em si, reconhecendo que a origem do suposto dano nele imputado decorre de análise estritamente econômica e financeira, não guardando qualquer relação com a atividade desenvolvida pelos advogados signatários do RAn.

987. Alega-se, assim, que não foi estabelecida a ‘relação de causalidade’ entre seus atos e o suposto dano, não bastando que suas ações possam ser incluídas ‘na linha de causalidade do dano’, conforme entendimento firmado no Acórdão, o que estaria em contrariedade à teoria do dano direto e imediato, também chamada teoria da interrupção do nexu causal, reconhecida no TCU, conforme Acórdão 1721/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

988. Ao contrário do entendimento que o TCU parece ter adotado, os advogados estavam estritamente subordinados às normas do BNDES, não lhes sendo exigível qualquer inovação em relação à elaboração das análises realizadas. Justamente por esta razão não se pode exigir – principalmente dez anos após os fatos – que os advogados do BNDES tivessem adotado conduta diversa.

989. Os limites de atuação de cada área e cargo existente dentro do BNDES estão expressamente definidos nesses normativos internos, aprovados pela Diretoria. São eles: a Organização Interna Básica do BNDES (‘OIB’ - consolidada, à época da operação de aquisição de ações da JBS, na Resolução BNDES 1186/2005) e o Plano Estratégico de Cargos e Salários (‘PECS’). Ambos os normativos internos estipulam os limites de atribuição de cada um dos profissionais em relação à unidade e ao cargo, que são refletidos na elaboração dos tópicos dos relatórios de análise. (Peça 471, p. 17)

990. Mencionam-se, também, as orientações previstas na Orientação Normativa ON 2.2.1, de 14/12/2006 (documentos de análise) e, posteriormente, daqueles constantes da Orientação Normativa ON 2.2.3, de 23/5/2007 (documentos de contratação).

991. Destaca-se a natureza de ‘parecer’ do Relatório de Análise, especialmente em relação à parte jurídica do documento. Ressaltam que não houve a presença de ‘erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa’ que viesse a permitir, em tese, se atribuir responsabilidade aos advogados, na condição de pareceristas. Não havia ilegalidade aparente aos advogados que pudesse ser ressaltada à época ou, na pior hipótese, impedimento legal a obstar o prosseguimento da operação.

992. Informa-se a edição da Instrução de Serviço DIR6 nº 008/2018-BNDES, pela qual a Diretoria Jurídica, de forma a evitar dúvidas, esclareceu, com base na Resolução que aprova a Organização Interna Básica do BNDES, que os trabalhos referentes à área jurídica são

materialmente referentes à assessoria consultiva, de forma a subsidiar a decisão pela alçada competente, e devem estar adstritos à seção específica nos documentos internos (como os relatórios de análise). (Peça 471, p. 24)

993. A Gerência Jurídica, alegam, atua adstrita às demandas que lhe são repassadas, e nos limites da sua atuação. Não é possível atribuir um caráter vinculativo às suas atribuições. Suas opiniões e pareceres, como a própria natureza funcional das suas atividades, já impõem necessariamente um caráter opinativo. Até porque uma das funções da análise jurídica consiste em apontar a respectiva alçada decisória (o que foi realizado no Relatório de Análise).

994. Nesse contexto, a verificação da Gerência Jurídica estaria limitada a observar se os mencionados normativos internos do BNDES haviam sido cumpridos nas fases de análise. E, no caso das análises técnicas realizadas no Relatório de Análise, não haveria irregularidade ou descumprimento que gerasse óbice ao encaminhando à alçada competente, para análise e, se fosse o caso, respectiva aprovação. Isso seria, inclusive, reconhecido no Voto que subsidiou o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

995. Asseveram que, caso o Tribunal venha a entender que haveria algum erro nos procedimentos da instituição, tal reconhecimento só poderia ensejar eventual recomendação para alterações nos referidos procedimentos. Reclamam a obediência ao disposto no art. 2º, inciso XIII, da Lei 9.784/1999, que veda de maneira expressa a aplicação retroativa de nova interpretação, e o art. 24 da Lei 13.655/2018, que determina que se considerem as orientações gerais da época dos atos.

996. Aponta-se, também, decisão adotada pelo Ministro Relator Weder de Oliveira no TC 020.213/2017-4, na qual se analisam as supostas irregularidades na operação de apoio financeiro da BNDESPAR à empresa Independência Participações S.A. Naqueles autos, o Relator reconheceu a ausência de razoabilidade em elencar os pareceristas jurídicos como responsáveis sobre eventual débito causado por decisões econômicas da BNDESPAR. Reclama-se que tal entendimento seja pacificado, em prestígio à própria segurança jurídica garantida aos administrados.

7.2.5. Alegações individuais

997. A defesa de Júlio Cesar Maciel Ramundo frisa que foi feita recomendação específica de inclusão de financiamento a projetos sociais na operação de aporte, o que comprovaria sua participação diligente no CEC, como Superintendente de Inclusão Social.

998. José Cláudio Rego Aranha alega que se aposentou em 15/6/2008. Dessa forma, somente participou da análise do pleito de apoio financeiro à Bertin S.A., e em um momento anterior à inesperada crise de 2008 (peça 424, p. 62). Acrescenta que, como o TCU calculou o suposto dano utilizando valores referentes à incorporação da Bertin pela JBS, a ele não pode ser imputado qualquer dano, uma vez que não participou do processo de incorporação, mas somente da análise da operação de apoio financeiro à Bertin S.A.

999. Bruno Lintz dos Santos afirma que é funcionário de carreira, devidamente concursado, nunca exerceu funções de administração ou direção no BNDES ou na BNDESPAR, ainda que em caráter temporário, e jamais respondeu a processo administrativo em decorrência do seu exercício profissional, possuindo uma carreira ilibada de dedicação ao serviço público pelos últimos quase quinze anos.

1000. Paulo Todescan Lessa Mattos assevera que é um profissional extremamente respeitado no mercado e de reputação ilibada, apresentando seu currículo. Informa que em outubro de 2007 foi contratado para exercer a função de superintendente, razão pela qual passou a integrar o Comitê de Enquadramento e Crédito do BNDES, função que exerceu até abril de 2009, quando

decidiu exonerar-se de seu cargo para se dedicar à vida acadêmica e projetos pessoais na iniciativa privada.

1001. Os herdeiros de Jorge Luiz Sozzi de Moraes informam sobre seu falecimento em 6/8/2013. Reclamam por uma interpretação adequada ao comando da parte final do art. 5º, inc. XLV, da Constituição Federal, no sentido de que, no caso, não houve condenação, logo os sucessores não estão sendo chamados a apenas ressarcir o erário, mas a responder por condutas que não praticaram e das quais não possuem qualquer conhecimento. Ficaria, então, configurada a ‘antinomia entre o disposto no inc. XLV e o disposto no inc. LV, ambos do art. 5º da Constituição’, o que se agrava ainda mais pela circunstância de que essas mesmas condutas se passaram há ‘praticamente dez anos’ e por não terem acesso às informações necessárias no âmbito do BNDES. Pleiteiam arquivamento do processo e apresentam como precedentes do TCU, entre outros, os Acórdãos 2.214/2016 e 4.702/2012, ambos da 1ª Câmara do TCU. Acrescentam que o responsável era advogado, não podendo responder pelo dano, em linha com o alegado por outros advogados. (Peça 426, p. 11 e 35)

1002. Letícia Lourenço Costa informa que era recém-formada (formou-se em dezembro de 2008) e tinha sido contratada há menos de um ano (ingressou no BNDES em 4/5/2009), sendo lotada na Área de Mercado de Capitais. Sua atuação na preparação do Relatório de Análise restringiu-se à contratação de escritório de advocacia nos Estados Unidos da América (formalizada na IP AMC/DEPAC 162/09), uma vez que o BNDES necessitava de assessoria quanto a questões que envolviam o direito norte-americano. Aduz que ficou pouco tempo como advogada do BNDES, tendo saído dia 9/4/2011. Em 9/4/2012, tomou posse como Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado São Paulo – MPSP. (Peça 1265, p. 7)

1003. Rodrigo Rabelo Tavares Borba argumenta que ingressou no BNDES em 9/1/2009, sendo lotado na Área de Mercado de Capitais no dia 22/2 do mesmo ano. Também aduz que era recém-formado (formou-se em Direito em janeiro de 2005) e que lhe foram atribuídas funções jurídicas formais, como verificação de documentos e pesquisa quanto às demandas judiciais das sociedades empresárias que estavam em processo de avaliação. (Peça 1265, p. 8)

1004. Letícia Costa e Rodrigo Borba destacam que estavam ainda no ‘Período de Acompanhamento’, uma espécie de ‘estágio probatório’, definido na Decisão DIR 095/98 BNDES, e que não possuíam função de confiança, como outros signatários do RAn. Afirmam, ainda, assim como Alice Menezes, que como empregados celetistas obedeciam ao princípio da subordinação, devendo seguir as ordens de seus superiores. Tratando-se de ordem não manifestamente ilegal, estaria caracterizada excludente de culpabilidade, como admitido pelo Tribunal no Acórdão 9.392/2015-TCU-2ª Câmara, Relator Marcos Bemquerer.

1005. Fernando Américo de Rezende Neto alega que nunca exerceu funções de administração ou direção no BNDES ou na BNDESPAR, ainda que em caráter temporário, conforme atestado pela Área de Recursos Humanos do BNDES. A obrigação de se manifestar nestes autos já constituiria, por si, uma penalização indevida para um funcionário aposentado, com carreira ilibada e que sempre zelou pelos melhores interesses do BNDES. (Peça 1280, p. 7)

1006. Luiz Fernando Linck Dorneles alega que já se aposentou há muitos anos, não mais pertencendo aos quadros do BNDES, não mais tendo, assim, livre acesso às instalações e sistemas de informações do Banco.

1007. Renata Bastos Maccacchero Victor afirma que não fazia parte dos quadros da Área de Mercado de Capitais (AMC) quando houve o investimento de recursos na Bertin e que ocupou, durante os eventos questionados em sua audiência, o cargo de Gerente Executiva Jurídica da AMC.

1008. Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes afirma que era tecnicamente subordinada à Gerência Executiva Jurídica da Área de Mercado de Capitais (equivalente à Chefia de

Departamento) e, portanto, cabia a ela ‘responder às demandas da Área de Mercado de Capitais no que se refere aos assuntos jurídicos relativos às atividades dessa Área, especialmente às análises das operações e respectivas contratações’. Aduz que, quando da elaboração do Relatório de Análise BNDES - Bertin/JBS, mantinha a função de gerente jurídica, cabendo-lhe supervisionar e revisar as análises jurídicas dos dois advogados então sob sua supervisão. (Peça 1300, p. 6-7)

1009. Sérgio José Suarez Pompeo afirma que, durante o período de fevereiro a abril de 2009, esteve em função temporária de substituição da assessora da Área de Mercado de Capitais, passando a exercer a função de forma efetiva a partir de agosto de 2009, quando se desligou do Departamento de Acompanhamento. Aduz que prestou assistência parcial no processo de análise da operação envolvendo a Bertin e a JBS S.A. e na formatação do Relatório de Análise. O auxílio teria sido restrito a parte das seções do documento, bem como a parcela da seção de mercado, especificamente, parte do setor de bovinos. Acrescenta que, entre 1/10/2009 e 6/11/2009, esteve de férias e gozando de dias de folgas. (Peça 1293, p.16)

1010. No tocante ao Acompanhamento, Pompeo alega que fazia parte da equipe de acompanhamento como Profissional Básico do BNDES, sofrendo subordinação, não lhe cabendo atribuição para contato direto com a Diretoria, tampouco a determinação de quais documentos deveriam ser elaborados.

1011. Sérgio Foldes Guimarães assevera que somente fez parte da equipe de acompanhamento no período de 24/4/2009 a 29/12/2009, quando o apoio aprovado à Bertin já havia sido integralmente desembolsado. Também alega subordinação. (Peça 1296, p. 47)

1012. Jaldir Freire Lima aduz que, embora tenha assinado o Relatório de Análise, realizou apenas a análise do setor de proteína animal, sem participar de qualquer aspecto referente à estruturação da operação ora tratada, e atuou na estrita observância da regulamentação a ele aplicável. Afirma que suas atribuições já foram apresentadas pelo BNDES na Nota AJ/COJIN 025/2017, que foi anexada à peça 5 dos autos do TC 010.398/2017-1, no qual a equipe técnica da SecexEstataisRJ manifestou-se, em 4/5/2017, no sentido de excluí-lo do rol de responsáveis. Remete-se, ainda, ao Memo AJ/DECAD 001/2017, em que o BNDES apresentou esclarecimentos complementares.

1013. Registra que a alegação do TCU de que o RAn Bertin foi elaborado ‘utilizando-se principalmente de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos’ não pode ser aplicada à seção do mencionado relatório por ele elaborada (‘item 3 - Mercado’), pois baseou-se em informações de diversas fontes. Quanto ao prazo, afirma que já havia elaborado análise do setor, o qual acompanhava em outras operações, não sendo possível afirmar que a elaboração da parte do RAn que lhe competia ocorreu ‘em prazo exíguo’.

1014. Alega que não é possível identificar a existência denexo causal entre sua atuação como Chefe de Departamento do AI/DEAGRO e as supostas irregularidades apontadas pelo TCU, relacionadas à análise financeira, e que a responsabilidade por analisar as operações de renda variável cabia aos membros da AMC. (Peça 495, p. 12-13, 29, 32-33 e 36). Aponta o Acórdão 2.622/2020-TCU-Plenário, Relator Min. Augusto Sherman, pelo qual, em situação semelhante, o Tribunal decidiu, em embargos de declaração, excluir a responsabilidade de técnicos do BNDES (peça 987, p. 19).

1015. Fábio Sotelino da Rocha afirma que, como Superintendente da Área de Mercado de Capitais – AMC, devia ater sua análise aos fundamentos contidos no relatório de análise, não sendo sua função investigar se o que está no relatório de análise, elaborado pelas equipes técnicas e a ele encaminhado, é verdadeiro ou não, mas sim analisar e confiar nas premissas que o relatório traz (*right to rely on others*). Aduz que despachava à Diretoria uma média de um processo a cada dois dias úteis, sem considerar outras atividades de gestão (peça 427, p. 186).

1016. André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes apresenta relação de viagens que teriam sido feitas com o objetivo de realizar acompanhamento, num total de quinze viagens, todas para o Estado de São Paulo, a maioria para a capital, no período de 15/7/2008 a 20/8/2009 (peça 1332, p. 95).

1017. Márcio Duarte de Medeiros alega que não participou do acompanhamento. Explica que, no período posterior ao investimento, apenas participou da elaboração da IP 163/08, que não dizia respeito às atividades típicas de acompanhamento, mas apenas à participação da BNDESPAR em Assembleia Geral Extraordinária da Bertin. Assevera que não há qualquer assinatura sua em instrução padronizada elaborada com o fim de liberação de parcela de investimento em Bertin. (Peça 1339, p. 71)

7.2.6. Análise das alegações de defesa e razões de justificativa

1018. No âmbito das empresas estatais do porte do BNDES, que têm estruturas de governança complexas e cujas decisões envolvem diversas etapas e agentes individuais e coletivos (colegiados), o exame dos atos de gestão deve levar em consideração todo o amplo espectro de procedimentos, atribuições, análises, condutas e cadeias de controles que permeiam o processo decisório.

1019. O fato de as estruturas de governança e as cadeias decisórias serem pautadas por complexos processos não impede, porém, que haja a perquirição da responsabilização pessoal dos membros de órgãos colegiados, como a diretoria executiva e o CEC, bem como dos demais empregados envolvidos nas diversas fases e procedimentos de análise de um pleito de apoio financeiro. Desconsiderar o papel das pessoas em todos esses processos inerentes às cadeias decisórias, bem como nos órgãos colegiados, seria fulminar os conceitos de responsabilização e prestação de contas (*accountability*) que norteiam o controle da administração pública e, também, o controle no âmbito da administração das empresas públicas.

1020. O inciso II do art. 71 da Constituição Federal define que compete ao TCU julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, assim como daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992) também lhe atribui competência para aplicação de penalidade aos que infringirem norma legal ou regulamentar.

1021. No que se refere ao arcabouço jurídico-normativo aplicável ao exame em questão, deve ser destacado que o caput do art. 16 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) reafirmou que ‘sem prejuízo do disposto nesta Lei, o administrador de empresa pública e de sociedade de economia mista é submetido às normas previstas na Lei 6.404/1976’.

1022. Por sua vez, a própria Lei 6.404/1976 também define os papéis dos administradores, suas responsabilidades e a necessidade de prestação de contas. Inclusive, a referida lei societária é incisiva quando afirma, em seu art. 158, que o administrador poderá ser responsabilizado pelas obrigações que contrair em nome da sociedade quando proceder com culpa ou dolo (inciso I) ou com violação da lei ou do estatuto (inciso II) e que responderá solidariamente com ele quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática desses atos.

1023. Portanto, no âmbito do controle externo, os processos e a cadeia decisória devem ser detalhadamente examinados, de modo que se possa verificar a responsabilidade dos agentes que atuam na complexa teia de análises, procedimentos e decisões tomadas no âmbito da empresa pública, seja essa atuação individual ou coletiva.

1024. Foi exatamente esse o esforço empreendido pelo TCU ao longo de toda a análise dessa operação, desde o seu início: entender pormenorizadamente como se deu todo o fluxo decisório, de modo a delimitar precisamente as responsabilidades de cada agente (individual ou colegiado) pelas irregularidades apontadas. É importante destacar que, independentemente da

complexidade da cadeia decisória, a responsabilidade pessoal dos administradores e empregados, mesmo quando atuam de modo colegiado, é um requisito indispensável para a viabilidade de qualquer instituto de delegação, tal como a estabelecida numa relação fiduciária, típica da administração de uma sociedade empresarial.

1025. O papel dos administradores e empregados da estatal é exatamente o de garantir que todo o complexo processo que precede uma decisão tenha sido devidamente executado, de acordo com as normas e as melhores práticas de governança e gestão. Se falham nessa atribuição, devem, sim, ser responsabilizados de modo específico e individual, mesmo no caso de decisões colegiadas, quando haverá solidariedade. Evidentemente, essa análise individual das condutas deve levar em consideração os papéis desempenhados por cada responsável dentro do seu plexo de atribuições e competências.

1026. O conceito de administradores da Lei das Sociedades Anônimas, também da Lei das Estatais, engloba os dois primeiros grupos: membros do Conselho de Administração (CA) e diretores (art. 138 da Lei 6.404/1976 e parágrafo único do artigo 16 da Lei 13.303/2016). O art. 160 da Lei das S.A. estende as prescrições dirigidas aos administradores aos membros de quaisquer órgãos, criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores, em que se incluem o Conselho Fiscal e o Comitê de Auditoria.

1027. É interessante notar, contudo, que, como as decisões do âmbito corporativo envolvem todo um amplo processo de colaboração e interfaces entre administradores e empregados, não há como dissociar a análise das condutas dos administradores do exame das responsabilidades dos empregados. Nesse sentido, verifica-se que o §5º do artigo 158 da Lei das S.A. define que ‘responde solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outro, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto’.

1028. E ainda que não se observe o fim de obter vantagem, os empregados podem ser responsabilizados. O dolo não é requisito essencial para tal, bastando a existência de culpa e o nexo causal entre a atuação do empregado e a irregularidade cometida ou o dano causado. Ao contrário do que alegam os responsáveis, empregados regidos pela CLT, assim como servidores estatutários, podem ser apenados nessa situação.

1029. A não existência das condições para que responda solidariamente ao administrador, nos termos do artigo 158, §5º, da Lei das S.A., não afasta a possibilidade de responsabilização de empregados pelas falhas cometidas. Apenas, nessa hipótese, não serão aplicáveis a estes os deveres fiduciários. Assim, deve-se verificar, caso a caso, a pertinência da alegação de que os dispositivos da Lei das S.A. não se aplicam a não administradores.

1030. Quanto à irresignação dos responsáveis com o uso da expressão ‘gestão temerária’, registre-se que ela foi empregada em sentido amplo, relacionada aos deveres do administrador previstos na Lei das S.A. Não houve referência à Lei 7.492/86. Não se fala em crime, o que remete à lei societária.

1031. A questão da natureza dos documentos produzidos deve ser analisada caso a caso. Inicialmente, têm-se as Resoluções BNDES 1463/2007 e 1797/2009, as quais estabeleciam que a unidade técnica responsável pela apreciação da Carta Consulta entregue pelo postulante deveria elaborar Instrução de Enquadramento, com **proposta e justificativa para o acolhimento ou não da operação** (Anexo I, art. 11, IX, e art. 12, IX).

1032. O documento elaborado na sequência é o Relatório de Análise (RAn), que as defesas afirmam se tratar de ‘parecer técnico’, com natureza meramente opinativa, buscando restringir a responsabilização de seus autores. O RAn possuía, no momento de cada operação (aporte e incorporação), modelos definidos pelas Res. BNDES 1470/2007 e 1798/2009, respectivamente. Ambas definiam que ‘O Relatório de Análise é o documento que registra os aspectos considerados

relevantes na análise da operação de colaboração financeira para consubstanciar a tomada de decisão pelo órgão competente'. O item 8.1 do modelo aplicável a cada operação apresentava a seguinte redação padrão a ser utilizada nos relatórios:

Tendo em vista que o projeto apresenta viabilidade econômico--financeira e dados os seus méritos e riscos, **propõe-se** a concessão de colaboração financeira à , no valor global de R\$ (.....) no âmbito do FINEM nos termos das seguintes condições:

(...) As demais condições propostas estão expostas no Anexo 1 - Decisão da Diretoria (com Condições da Operação). (destaque acrescido)

1033. Observa-se que, à época, as operações de renda variável seguiam os procedimentos aplicáveis ao produto Finem.

1034. É notório que tanto a Instrução de Enquadramento quanto o Relatório de Análise, não apenas apresentavam parecer, mas eram documentos propositivos. Assim, falhas constatadas na sua elaboração devem ser objeto de apuração e podem ser objeto de punição ou levar à imputação de débito, observados os demais requisitos aplicáveis, entre eles, a existência de erro grosseiro, exigida pelo art. 28 da LINDB.

1035. Feitas essas considerações gerais, passa-se à análise conclusiva das alegações de defesa e razões de justificativa dos empregados não integrantes dos órgãos estatutários. As alegações de defesa e razões de justificativa, inclusive as apresentadas pelos advogados arrolados nos autos, serão avaliadas caso a caso, considerando a participação de cada profissional em cada ato inquinado.

7.2.6.1. Signatários da Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007 – item 9.5.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário: Caio Britto de Azevedo, Priscila Tavares Camacho Bak e Renata Moustapha Correa.

1036. Os responsáveis foram ouvidos em audiência por haverem proposto o Enquadramento da operação de aquisição de participação na Bertin, com o aporte de R\$ 2,5 bilhões, por meio de Instrução de Enquadramento eivada de vícios. Conforme registrado no item 3.2.7. desta instrução, a análise das razões de justificativa relacionadas a essa ocorrência concluiu que restou caracterizado que a Instrução de Enquadramento foi elaborada 'sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos' e 'com ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira'. Tais falhas evidenciam 'descumprimento (...) da missão do BNDES, seus valores, insculpidos no art. 3º do Estatuto Social do banco, c/c art. 4º, II, do Estatuto da BNDESPAR', como apontado no Acórdão.

1037. Devem ser desconsiderados, na fundamentação das irregularidades, a Resolução 862/2006 – BNDES, já revogada à época dos fatos, e os arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76, os quais não se aplicam aos empregados aqui arrolados, pois não integravam órgãos criados pelo estatuto do BNDES ou BNDESPAR, afastando-se a hipótese do art. 160 da lei. E, embora se vislumbre a possibilidade de ocorrência da hipótese do parágrafo 5º do art. 158 da Lei das S.A. ('Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto'), tal fato não foi apontado anteriormente na fundamentação da irregularidade submetida à audiência dos responsáveis.

1038. Registre-se que as razões de justificativa apresentadas não lograram comprovar que a participação individual de cada um dos responsáveis arrolados no item aqui tratado tenha sido diferenciada, a justificar a exclusão da responsabilidade de algum deles. As falhas observadas são

atribuíveis aos três responsáveis ouvidos em audiência, Caio Britto de Azevedo, Priscila Tavares Camacho Bak, e Renata Moustapha Correa, para os quais se propõe a rejeição das razões de justificativa e a aplicação de multa pelas falhas cometidas.

1039. Não se evidenciou a má fé, porém, tampouco se comprovou a boa-fé dos responsáveis e é possível afirmar que eles incorreram em erro grosseiro. Conforme análise precedente, mesmo desconsiderando as exigências normativas da Res. 1.358/2006-BNDES, a qual dispunha sobre o Enquadramento, mas por equívoco não foi mencionada na audiência, a falta de zelo na análise da operação, para fins de enquadramento, era nitidamente contrária às finalidades e valores do BNDES e BNDESPAR.

7.2.6.2. Participantes da 135ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito – CEC – item 9.5.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário: Carlos Roberto Lopes Haude, Cláudio Bernardo Guimaraes de Moraes, Ernani Teixeira Torres Filho, Fábio Sotelino da Rocha, Gil Bernardo Borges Leal, Ishai Waga, Jorge Kalache Filho, Júlio Cesar Maciel Ramundo, Luciano Siani Pires, Luiz Fernando Linck Dorneles, Mariane Sardenberg Sussekind, Mario José Soares Esteves Filho, Paulo Todescan Lessa Mattos, Ricardo Luiz de Souza Ramos, Roberto Zurli Machado, Selmo Aronovich, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, Yolanda Maria Melo Ramalho.

1040. Os membros do CEC foram ouvidos em audiência por haverem aprovado o Enquadramento da operação de aporte na Bertin, com base na Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, tratada no item anterior. Tal aprovação foi registrada no Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 e confirmada pelo BNDES por meio da Nota APP/DEPRI 55/2017, de 6/11/2017, que também forneceu a identificação dos participantes da mencionada reunião (peça 158 do TC 034.935/2015-0).

1041. Aplicam-se a essas audiências as mesmas conclusões apresentadas para as relativas à referida Instrução. As razões de justificativa não lograram afastar a existência de falhas no documento, tampouco afastada a responsabilidade dos membros do Comitê pela não detecção das imprecisões e lacunas na análise realizada para fins de enquadramento.

1042. Registre-se que as razões de justificativa apresentadas não lograram comprovar que a participação individual de cada um dos responsáveis arrolados no item aqui tratado tenha sido diferenciada da dos demais membros, a justificar a exclusão da responsabilidade de algum deles. O simples fato de o responsável ter se aposentado, alegado por Luiz Fernando Linck Dorneles e outros responsáveis, não se presta, por si só, a demonstrar prejuízo à defesa, especialmente pelo fato de que o BNDES forneceu, diretamente ao Tribunal, e aos responsáveis, inúmeros documentos e notas técnicas, defendendo a correção dos atos apurados no presente processo.

1043. Da mesma forma, o currículo e a reputação do responsável, condição alegada por Paulo Todescan Lessa Mattos e outros responsáveis, não se bastam a afastar a ocorrência de irregularidade apurada.

1044. Por fim, a alegação de Júlio Cesar Maciel Ramundo de que foi feita recomendação específica de inclusão de financiamento a projetos sociais na operação não afasta sua responsabilidade pela aprovação do enquadramento com as demais irregularidades identificadas. Até porque sequer foi comprovado que tal medida foi de sua iniciativa.

1045. Assim, propõe-se a rejeição das razões de justificativa de todos os responsáveis listados no item 9.5.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, com a aplicação de multa pelas falhas cometidas.

1046. Não se evidenciou a má fé, porém, tampouco se comprovou a boa-fé dos responsáveis e é possível afirmar que eles incorreram em erro grosseiro. Conforme análise

precedente, mesmo desconsiderando as exigências normativas da Res. 1.358/2006-BNDES, a qual dispunha sobre o Enquadramento, mas por equívoco não foi mencionada na audiência, restou evidenciado que a deliberação pelo enquadramento da operação, sem se pautar em análise aprofundada e sem conhecer os potenciais benefícios da operação para a sociedade brasileira, era nitidamente contrária às finalidades e valores do BNDES e BNDESPAR.

1047. Devem ser desconsiderados, na fundamentação das irregularidades, a Resolução 862/2006 – BNDES, já revogada à época dos fatos, e os arts. 153; 154, §2º, ‘a’; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76, os quais não se aplicam aos empregados aqui arrolados, pois não integravam órgãos criados pelo estatuto do BNDES ou BNDESPAR, afastando-se a hipótese do art. 160 da lei. E, embora se vislumbre a possibilidade de ocorrência da hipótese do parágrafo 5º do art. 158 da Lei das S.A. (‘Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto’), tal fato não foi apontado anteriormente na fundamentação da irregularidade submetida à audiência dos responsáveis.

7.2.6.3. Signatários do Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 – item 11-a do Despacho de 14/3/2018 (peça 207 do TC 034.935/2015-0) e item 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário: Eduardo Rath Fingerl, José Cláudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Bruno Lintz dos Santos, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Fernando Américo de Rezende Neto, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, Rafael Petrocelli, e Renato Francisco Martins.

1048. No item 3.3.4. foram apresentadas as conclusões acerca do exame, sob o ponto de vista objetivo, das razões de justificativa e alegações de defesa relacionadas às falhas apontadas no mencionado Relatório de Análise, cuja cópia se encontra às peças 1441 e 1448. A identificação dos signatários foi confirmada pelo BNDES por meio da Nota GT Portaria PRESI 161/2017 nº 016/2017, que também forneceu a identificação dos participantes da mencionada reunião (peça 159 do TC 034.935/2015-0).

1049. Em resumo, concluiu-se que a Análise realizada, formalizada no documento em comento, não possuiu o embasamento necessário, em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, não examinou de forma criteriosa os limites de exposição, onde os recursos seriam efetivamente aplicados, a avaliação econômica da empresa e suas condições econômico-financeiras, bem como não demonstrou que benefícios o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, especialmente em termos de geração de empregos. Foram acolhidas apenas as justificativas relativas ao tempo de análise e à não obrigatoriedade da realização de *due diligence*. A ausência deste procedimento de verificação, no entanto, reforça a ocorrência da precária análise efetuada no caso concreto, ainda mais em se tratando de investimento vultoso em empresa fechada, que apenas contava com demonstrativos financeiros pró-forma, não dispondo, portanto, sequer de escrituração contábil confiável para verificação.

1050. Eduardo Rath Fingerl foi identificado pelo BNDES, por meio da Nota GT Portaria PRESI 161/2017 nº 016/2017, como signatário do Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008, na qualidade de Diretor Responsável pela Área de Mercado de Capitais – AMC (peça 159 do TC 034.935/2015-0). O Diretor tem responsabilidade, ainda que indireta, sobre o documento. Conforme Nota AJ/COJIN 022/2017 (peça 1265, p. 72), ‘Ao Diretor da AMC, responsável pela direção executiva, cabia administrar e gerir as atividades da Área, nos termos das Portarias nº 081/2009 - Anexo 11-16 e nº 72/2011 (Anexos 11 e 12)’. Impossível admitir que o Diretor não acompanhasse de perto tal operação, fato que sequer foi contestado pelo responsável. Além disso, foi ele que encaminhou o Relatório à Diretoria.

1051. Em relação às alegações de Jaldir Freire Lima, de fato, a instrução de maio de 2017

no TC 034.932/2015-1 (peça 123) havia proposto a exclusão de sua responsabilidade. Porém, em reanálise levada a efeito em cumprimento ao Despacho do Relator à peça 132 daqueles autos, o chefe de departamento foi incluído no rol de responsáveis. A referida Nota AJ/COJIN 025/2017, complementada pelo Memo AJ/DECAD 001/2017, aponta que a responsabilidade do Chefe de Departamento da Área Industrial (AI) estaria restrita à elaboração do item 3 do Relatório, relativo à análise setorial.

1052. Não há, porém, como afastar sua responsabilidade sob esse argumento. A própria Nota AJ/COJIN 025/2017, como também a Nota AJ/COJIN 022/2017, são claras ao afirmar que havia **duas** áreas fundamentais envolvidas na operação: AMC e Área Industrial (AI). Tanto é assim que o relatório é conjunto: ‘Relatório de Análise Conjunto AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008’. E na folha de rosto do Relatório aparecem como ‘RESPONSÁVEIS’ José Cláudio Rego Aranha (Chefe da AMC/Deinv) e Jaldir Freire Lima (Chefe da AI/Deaico).

1053. De fato, o capítulo 3 do RAn, o qual, segundo o BNDES, foi produzido por Jaldir Lima, não recebeu questionamentos específicos do Tribunal. Porém, não se mostra razoável admitir que o Chefe de uma das áreas que capitanearam a análise, a área especializada no setor em que se insere a operação, tenha sido responsável apenas por um capítulo de cunho informativo e tenha aquiescido com um relatório repleto de lacunas de informação e análise.

1054. A alegação de Jaldir Freire Lima de que o Tribunal, por meio do Acórdão 2622/2020-TCU-Plenário, Relator Min. Augusto Sherman, decidiu, em situação semelhante, excluir a responsabilidade de técnicos do BNDES também não procede, pois sua situação é distinta daquela tomada como paradigma.

1055. Também não resta dúvida sobre a responsabilidade de José Cláudio Rego Aranha, que chefiava a AMC/DEINV, principal unidade no processo de análise. Não lhe socorre a alegação de que se aposentou logo após a aprovação da operação, antes da crise de 2008, pois esta não influenciou no exame do mencionado relatório de Análise.

1056. Fernanda Farah de Abreu Zorman e Rafael Petrocelli também eram lotados na AMC/DEINV. Embora não ocupassem função de confiança, segundo informado na Nota GT Portaria PRESI 161/2017 nº 016/2017, tiveram participação direta na elaboração do Relatório, a qual se presume por sua lotação em setor chave no processo. A defesa de ambos, apresentada de forma conjunta, não logrou afastar tal presunção. (Peça 159 do TC 034.935/2015-0)

1057. A mesma conclusão é alcançada para Renato Francisco Martins, Gerente da AMC/DEINV, como indicado na mesma Nota, a quem cabia a condução e supervisão direta das atividades.

1058. Não são aceitáveis, também, as justificativas de Fábio Sotelino da Rocha, sobre poder confiar no conteúdo produzido pelos outros técnicos. Como Superintendente da Área de Mercado de Capitais (AMC), sua responsabilidade é direta, pois, como já exposto, a operação era da responsabilidade dessa área, que elaborou o RAn juntamente com a Área Industrial. Foi a AMC quem conduziu as negociações e submeteu o Relatório de Análise à Diretoria. A ele cabia definir as diretrizes e prioridades da Área de Mercado de Capitais, bem como ‘revisar e reformular o trabalho realizado pela equipe técnica, com a finalidade de subsidiar a tomada de decisão’.

1059. Cabe observar que as falhas apontadas são, em grande parte, de ausência ou insuficiência de análise. Para essas falhas, sequer caberia falar em confiar na informação, mas de observar sua ausência e cobrar as devidas correções.

1060. Em relação aos arrolados integrantes dos setores jurídicos, cabe anotar que não lhes foi feita qualquer imputação específica, respondendo eles pela assinatura do Relatório de Análise, com as falhas identificadas, assim como os demais responsáveis ouvidos em audiência. Como já

colocado, a maior parte das falhas consiste em ausência ou insuficiência de análise, cujo exame cabe nas atribuições do corpo jurídico, especialmente na análise da viabilidade jurídica da operação.

1061. Ocorre que a verificação dessa (in)suficiência, no caso, não seria tão óbvia para um advogado. Ainda que os advogados fossem lotados nas áreas operacionais, o que lhes dava algum conhecimento sobre as operações, não parece possível afirmar que, ao não identificar que era insuficiente o grau de detalhamento das aplicações dos recursos ou dos benefícios esperados, eles tenham incorrido em erro grosseiro, a possibilitar sua responsabilização. Menos ainda se poderia esperar de tais profissionais em relação à sobreavaliação da Bertin S.A. Dessa forma, devem ser acolhidas suas razões de justificativa.

1062. Inobstante a conclusão acima, cabe analisar algumas alegações apresentadas sobre a participação dos advogados. Inicialmente, cabe reiterar conclusão anterior no sentido de que o RAN é um documento propositivo, não um parecer, meramente opinativo. E sendo os capítulos jurídicos parte do Relatório, e sendo este também assinado pelos advogados, não é possível acatar, de plano, que apenas a parte jurídica fosse um parecer, isentando os advogados de responsabilidade.

1063. No caso aqui tratado, não se imputa responsabilidade aos advogados por um erro de interpretação, que é o caso mais comum na ampla jurisprudência que restringe essa possibilidade de responsabilização. O que se questionou é se os advogados deixaram de exercer na íntegra seu papel de dar suporte jurídico à análise da operação e analisar a viabilidade jurídica da operação, ao não apontar lacunas de análise e riscos existentes. E a conclusão é que teria havido, sim, erro, mas não classificável como grosseiro, passível de punição.

1064. Rejeita-se, também, a alegação de que o Tribunal não poderia aplicar interpretação retroativa e de que, se constatar erro nos procedimentos da instituição, tal reconhecimento só poderia resultar em recomendação corretiva. As falhas imputadas neste processo referem-se ao descumprimento de normativos e princípios, não a orientação anterior do Tribunal. Mesmo o fato de o Tribunal não haver detectado tais falhas anteriormente não caracteriza concordância com o que se fazia. De todo modo, a existência de orientações e interpretações internas, que possam ter condicionado a atuação dos responsáveis está sendo examinada para cada apontamento aqui tratado.

1065. As alegações individuais de Bruno Lintz dos Santos e Fernando Américo de Rezende Neto, Gerentes Jurídicos, foram consideradas nos exames e conclusões já apresentados.

1066. Em relação a Jorge Luiz Sozzi de Moraes, em virtude de seu falecimento em 6/8/2013, foi tornada insubsistente sua audiência e determinada, no item 9.5 do Acórdão 1350/2018-TCU-Plenário, a exclusão de seu nome do rol de responsáveis do processo TC 034.935/2018-4, 'por estar implicado tão somente na audiência acima referenciada, não havendo nos autos qualquer proposta de citação por suposta irregularidade a ele atribuída'. Observe-se que, posteriormente, o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário determinou a citação do responsável, incluindo-o no rol de responsáveis da presente TCE.

1067. Ante o exposto, conclui-se, em relação às audiências determinadas no item 11-a do Despacho de 14/3/2018, por **acolher as razões de justificativa** de Bruno Lintz dos Santos e Fernando Américo de Rezende Neto e **rejeitar as razões de justificativa** dos demais responsáveis, Eduardo Rath Fingerl, José Cláudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Rafael Petrocelli, e Renato Francisco Martins.

1068. Em relação à citação determinada no item 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, tendo ela os mesmos fundamentos das audiências, devem ser **acolhidas**, pelos mesmos motivos, **as alegações de defesa** de Bruno Lintz dos Santos e Fernando Américo de Rezende Neto.

1069. Em relação a Jorge Luiz Sozzi de Moraes, seguindo diversos precedentes desta corte, bem como entendimento acolhido pelo Relator deste processo no TC 036.606/2018-9 (Despacho à

peça 1294, p. 5, daqueles autos), propõe-se **excluir o responsável do presente processo**. Aplica-se ao caso do mencionado responsável o mesmo raciocínio, pelo qual o Tribunal entende não ser razoável a citação de espólio quando considerado o longo decurso decorrido desde o fato gerador do débito atribuído ao *de cujus*, ante substancial prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista a dificuldade de produção de provas por parte dos herdeiros para contrarrazoar imputações de responsabilidade dispostas, circunstância que mitigaria sobremaneira o exercício da ampla defesa.

1070. Em relação aos demais responsáveis, Eduardo Rath Fingerl, José Cláudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Rafael Petrocelli, e Renato Francisco Martins, propõe-se **rejeitar suas alegações de defesa, julgando irregulares suas contas**, ante as falhas na análise da operação, porém **deixando de imputar-lhes débito**, em função das conclusões alcançadas no item 6.4. da instrução, no sentido da confirmação de existência de dano, cujo valor não pode ser calculado, por falta de informações mínimas.

1071. Não se evidencia a má-fé, porém, tampouco se comprovou a boa-fé dos responsáveis cujas razões de justificativa e alegações de defesa são rejeitadas e é possível afirmar que eles incorreram em erro grosseiro. Conforme análise precedente, as exigências normativas eram claras e foram deliberadamente descumpridas pelos signatários do Relatório de Análise.

1072. Mostra-se necessário, por fim, acolhendo alegações nesse sentido, retirar da fundamentação das irregularidades apontadas no item 11-a do Despacho de 14/3/2018 e no item 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, exceto para Eduardo Rath Fingerl, a menção aos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76. É que, de fato, os empregados signatários do RAn não integravam órgãos criados pelo estatuto do BNDES ou BNDESPAR, afastando-se a hipótese do art. 160 da lei. E, embora se vislumbre a possibilidade de ocorrência da hipótese do parágrafo 5º do art. 158 da Lei das S.A. ('Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto'), tal fato não foi apontado anteriormente na fundamentação da irregularidade submetida à audiência dos responsáveis.

7.2.6.4. Membros da equipe técnica de acompanhamento da operação – item 11-c do Despacho de 14/3/2018 (peça 207 do TC 034.935/2015-0)

1073. No item 4.2. desta instrução foram analisadas as razões de justificativa dos responsáveis pelo acompanhamento da operação. A conclusão a que se chegou é que elas podem ser **acolhidas em parte**, no que tange ao acompanhamento do endividamento e à completa informação da situação à Diretoria, porém foram **mantidas algumas falhas relativas à aplicação dos valores aportados, seu reflexo no endividamento no momento e no futuro e a não indicação da necessidade de revisão do Plano de Negócios**, que já se mostrava inviável.

1074. Assim, as alegações foram incapazes de afastar os apontamentos feitos no Despacho em referência, restando examinar a responsabilidade de cada indivíduo ouvido em audiência.

1075. Os responsáveis foram identificados a partir da Nota GT Portaria PRESI 161/2017 nº 016/2017, do BNDES, que apontou os gestores e empregados que teriam entre suas atribuições o acompanhamento do investimento da BNDESPAR na Bertin S.A. Foi indicado o período de 11/6/2008 até 29/12/2009, em que a operação ficou sob a responsabilidade da AMC/DEPAC, departamento responsável pelo acompanhamento de operações de renda variável (peça 159, do TC 034.935/2015-0).

1076. Impende registrar que não havia a designação de uma equipe para acompanhar a empresa, muito menos a operação, como se depreende do trecho do mesmo documento a seguir transcrito:

Por fim, deve-se notar, pela relevância de tal fato, que não existe no âmbito da AMC a designação formal de determinados funcionários do AMC/DEPAC para integrarem as equipes de acompanhamento de empresas específicas da carteira da BNDESPAR, ficando tal gestão a cargo da Superintendência Área, ou até mesmo da Chefia do AMC/DEPAC, que, pode, inclusive, pontualmente, sobretudo em razão do fluxo das demandas do Departamento, indicar acompanhadores temporários para eventos específicos relacionados a determinada companhia.

1077. A observação acima interessa, especialmente, para análise da responsabilidade de Márcio Duarte de Medeiros, o único profissional entre os arrolados que não detinha função de confiança no período indicado. É que a irregularidade apontada é por omissão, devendo ser considerado que não caberia a ele a definição do que deveria ser acompanhado, com qual periodicidade e quais relatórios deveriam ser produzidos. Assim, entende-se razoável afastar a responsabilidade do empregado, ainda que tal alegação não tenha sido apresentada por ele.

1078. Ainda sobre Márcio Duarte de Medeiros, de fato, não consta sua assinatura nos documentos produzidos mencionados na instrução, porém sua participação no acompanhamento foi indicada pelo BNDES. De todo modo, afasta-se sua responsabilidade, pelas razões acima indicadas.

1079. Sérgio José Suarez Pompeo não ocupou função de confiança entre 11/6 e 26/8/2009, passando a ocupar a função de Assessor de Área no restante do período de Acompanhamento. Mostra-se razoável estender a este empregado a mesma conclusão aplicada a Márcio Duarte de Medeiros, considerando que, como alegado, a função ocupada não era de direção, não cabendo a ele definir as atividades a serem realizadas.

1080. Ao Chefe de Departamento da AMC/DEPAC cabia a gestão da unidade responsável pelo acompanhamento da operação, além da atribuição ordinária de ‘Supervisionar as atividades afetas a sua área de atuação, orientando e controlando a aplicação de normas e procedimentos técnicos e administrativos, provimento de recursos, tomadas de decisões, visando a melhoria da atuação de sua Unidade’. (Nota AJ/COJIN – 022/2017 – peça 1265, p. 63)

1081. Assim, o ocupante dessa função detinha responsabilidade pela execução do Acompanhamento, pois deveria dar cumprimento às normas do BNDES, independentemente de eventual direcionamento das instâncias superiores, até porque as defesas não apresentam qualquer evidência de direcionamento a respeito do acompanhamento da operação.

1082. Renato Francisco Martins ocupou a chefia da AMC/DEPAC desde o início do acompanhamento, em 11/6/2008, até 23/4/2009, restando inequívoca sua responsabilidade.

1083. Sérgio Foldes Guimarães ocupou a mesma função entre 29/4/2009 e 29/12/2009. É inequívoca sua responsabilidade sobre a atividade de acompanhamento, rejeitando-se sua alegação de que atuava sob subordinação. Por outro lado, é verdade que todos os desembolsos referentes ao apoio à Bertin, assim como as falhas apontadas nas instruções que levaram às audiências, referem-se a período anterior a sua posse na função. Não havendo nexo de causalidade entre sua atuação e as falhas apontadas para o acompanhamento, cabe acolher suas razões de justificativa para esse ponto.

1084. André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes ocupou o cargo de Gerente em todo o período em que deveria ter sido realizado o acompanhamento. Embora estivesse em nível hierárquico inferior ao Chefe de Departamento, possuía a atribuição de ‘Supervisionar as atividades afetas a sua área de atuação, orientando e controlando a aplicação de normas e procedimentos técnicos e administrativos’, como informado na Nota AJ/COJIN 022/2017.

1085. Sendo o acompanhamento da operação uma atividade afeta a sua área, e não tendo sido evidenciada qualquer orientação superior em sentido diverso, cabia a ele dar cumprimento à Resolução 1463/2007-BNDES. Sua alegação de que realizou diversas viagens relacionadas ao acompanhamento da operação não afasta as falhas apontadas. Assim, devem ser rejeitadas suas razões de justificativa para o ponto aqui tratado.

1086. Caio Marcelo de Medeiros Melo exerceu o cargo de Superintendente da AMC em todo o período de acompanhamento. Segundo informado na Nota AJ/COJIN 022/2017, era atribuição do cargo:

2.2.1 Superintendente e funções correlatas

Contribuir na definição das políticas e estratégias, estabelecendo diretrizes e determinando prioridades para a gestão das Unidades sob sua responsabilidade, garantindo a qualidade dos trabalhos elaborados pelas equipes subordinadas, revisando e/ou reformulando pareceres/recomendações, subsidiando tomadas de decisões. (..)

1087. A Nota GT Portaria PRESI 161/2017 nº 016/2017 também foi explícita ao informar que a gestão da atividade de acompanhamento estava a cargo da Superintendência da Área, conforme trecho transcrito no parágrafo 1076 acima. Não há dúvida, então, acerca de sua responsabilidade sobre as falhas apontadas.

1088. Resta avaliar a responsabilidade do Diretor Eduardo Rath Fingerl, que ocupou a Diretoria 4, responsável pela AMC, em todo o período de acompanhamento. Suas razões de justificativa devem ser rejeitadas, haja vista que a ele cabia a direção executiva, a administração e gestão das atividades da Área, como estabeleciam as Portarias BNDES 081/2009 e 72/2011. (Peça 1265, p. 72)

1089. Trata-se aqui de ato omissivo do Diretor, o qual também foi objeto da audiência determinada no item 11-d do Despacho de 14/8/2018 para todos os Diretores. Com efeito, embora tenha sido informado como integrante da ‘equipe de acompanhamento’ pela Nota GT Portaria PRESI 161/2017 nº 016/2017, não resta dúvida de que sua responsabilidade se dava pela direção da área, não pela obrigação de executar diretamente o acompanhamento.

1090. Assim, cabe acolher as razões de justificativa de Márcio Duarte de Medeiros, Sérgio José Suarez Pompeo e Sérgio Foldes Guimarães e rejeitar as razões de justificativa de Eduardo Rath Fingerl, Caio Marcelo de Medeiros Melo, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes e Renato Francisco Martins.

1091. Não se evidencia a má-fé, porém, tampouco se comprovou a boa-fé dos responsáveis cujas razões de justificativa são rejeitadas e é possível afirmar que eles incorreram em erro grosseiro. Conforme análise precedente, as exigências normativas eram claras e foram deliberadamente descumpridas pelos responsáveis pelo acompanhamento da operação de aporte na Bertin S.A., assim, era possível a eles ter consciência da ilicitude do ato que praticaram e saber que era exigível conduta diversa daquela que adotaram.

1092. Mostra-se necessário, por fim, acolhendo alegações nesse sentido, retirar da fundamentação das irregularidades apontadas no item 11-c do Despacho de 14/8/2018, exceto para Eduardo Rath Fingerl, Diretor, a menção aos arts. 153; 154, §2º, ‘a’; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76. É que, de fato, os demais responsáveis não integravam órgãos criados pelo estatuto do BNDES ou BNDESPAR, afastando-se a hipótese do art. 160 da lei. E, embora se vislumbre a possibilidade de ocorrência da hipótese do parágrafo 5º do art. 158 da Lei das S.A. (‘Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto’), tal fato não foi apontado anteriormente na fundamentação da irregularidade submetida à audiência dos responsáveis.

7.2.6.5. Participantes da 240ª Reunião do Comitê de Enquadramento de Crédito, de 24/11/2009, pela aprovação de enquadramento de operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., mediante apoio financeiro da BNDESPAR, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A., de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda. – item 11-f do Despacho de 14/8/2018: Yolanda Maria Melo Ramalho, Cláudio

Figueiredo Coelho Leal, Carlos Eduardo Castello Branco, Ricardo Luiz de Souza Ramos, Nelson Fontes Siffert Filho, Bruno Fraga Leal, Sérgio Eduardo Weguelin Vieira, Cláudio Bernardo Guimarães de Moraes, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Roberto Zurli Machado, Álvaro Oliveira de Freitas, Selmo Aronovich, Eduardo Klingelhofer de Sá, e Maria Isabel Rezende Aboim.

1093. Por meio da Nota APP/DEPRI 55/2017, de 6/11/2017 (peça 158 do TC 034.935/2015-0), o BNDES forneceu a identificação dos participantes da mencionada reunião, cuja Ata encontra-se à peça 155 daquele processo.

1094. Conforme anotado no item 5.2.2. (parágrafos 786 e ss.), a audiência dirigida aos membros do CEC apontou como irregularidade a utilização de documento (*valuation* da companhia Bertin S.A., de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.) produzido posteriormente à realização da 240ª Reunião do Comitê de Enquadramento de Crédito'. De fato, a apresentação feita ao CEC não menciona qualquer avaliação da Apsis. Também se considerou aceitável a alegação de que não caberia ao CEC examinar o *valuation* de companhias que são objeto de pretensão de incorporação por solicitantes de apoio financeiro no BNDES, já que essa tarefa mostra-se afeta à fase de Análise da operação.

1095. Identificou-se possível falha do CEC ao não se certificar da origem e fidedignidade dos números apresentados, não apenas em relação ao valor da empresa, mas também quanto a sua situação financeira. Considerando, porém, que esse ponto não foi objeto de audiência e que os responsáveis já respondem por falhas gerais no enquadramento da operação no processo TC 036.606/2018-9, não se mostra oportuno, no presente processo, qualquer medida adicional de responsabilização.

1096. Dessa forma, há que se acolher as razões de justificativa dos participantes da mencionada reunião do CEC.

7.2.6.6. Signatários do Relatório de Análise AMC/DEINV 04/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009 – item 11-g do Despacho de 14/8/2018: Eduardo Rath Fingerl, Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, Bruno Lintz dos Santos, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Jaldir Freire Lima, Letícia Lourenço Costa, Márcio Duarte de Medeiros, Renata Bastos Maccacchero Victor, Rodrigo Rabelo Tavares Borba, Sérgio Foldes Guimarães e Sérgio José Suarez Pompeo.

1097. As audiências dirigidas aos responsáveis versam sobre o não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S.A. pelo BNDES e sobre a aceitação e utilização, no Relatório de Análise, de *valuation* superestimado da Bertin S.A.

1098. Conforme conclusão apresentada no item 5.5. desta instrução, especificamente em relação aos pontos de audiência, concluiu-se por **acolher parcialmente as razões de justificativa, deixando-se de aplicar multa aos responsáveis**, tendo em vista as circunstâncias observadas. O entendimento é de que havia razões para o não exercício do direito da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas e que, embora tenha constado das audiências, a não aplicação da faculdade prevista em tal cláusula foi apontada na instrução mais como uma evidência de que a BNDESPAR estaria se beneficiando com a incorporação do que como irregularidade. Quanto à avaliação econômica da Bertin, admitiu-se que, dadas as circunstâncias da operação, não seria exigível maior aprofundamento a respeito de tal avaliação, já que se tratava de negócio realizado entre particulares, que não havia indicativo de prejuízo para a BNDESPAR e não se tem evidência de conhecimento sobre as negociações ocultas realizadas entre as partes.

1099. Também se identificou que não foram cumpridos integralmente os normativos aplicáveis, bem como que, especificamente, em relação à Bertin, o Relatório de Análise não

cumpriu a contento seus objetivos, especialmente em relação aos aspectos econômico-financeiros relacionados à empresa. Esses aspectos não foram objeto de audiência no presente processo, porém os signatários do RAn, assim como os Diretores que aprovaram a operação, foram chamados em audiência no TC 036.606/2018-9 por diversas falhas relativas à mesma operação, de modo que não se mostra oportuno, no presente processo, qualquer medida adicional de responsabilização.

1100. Em relação às alegações dos advogados, rejeita-se, novamente, a alegação de que sua participação era meramente consultiva, conforme já anotado no parágrafo 1062. Examinando, porém, a participação desses profissionais no Relatório de Análise, assim como feito para a operação de aporte, conclui-se que não caberia sua responsabilização, já que as falhas apontadas não decorreram da sua atuação.

1101. A Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas deixou de ser aplicada por decisão fundada em aspectos econômicos, tendo sido considerada, no RAn, como aplicável à situação, como já anotado. Já a adequação da avaliação econômica foge completamente da expertise e competência dos integrantes do corpo jurídico da empresa. Assim, devem ser acolhidas as razões de justificativa dos advogados signatários do Relatório de Análise AMC/DEINV 04/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009: Alice Ferreira Lopes, Gerente AMC/DEPAC/GEJUR2, Bruno Lintz dos Santos, Gerente AMC/DEINV/GEJUR3, Letícia Lourenço Costa, Advogada AMC/DEPAC, Renata Bastos Maccacchero Victor, Gerente Executivo AMC/JUAMC, e Rodrigo Rabelo Tavares Borba, Advogado AMC/DEPAC.

1102. Em relação aos demais signatários do RAn, a proposta é de acolhimento parcial das justificativas, sem aplicação de multa, como já registrado. Não obstante, tendo em vista a possibilidade de discordância dessa proposta pelas instâncias superiores desta unidade técnica ou pelo Relator, apresenta-se a análise de suas participações individuais, aproveitando trecho da instrução lançada no TC 036.606/2018-9:

1060. Com relação aos demais signatários, propõe-se a rejeição de suas razões de justificativa, as quais não lograram afastar suas respectivas responsabilidades pela proposição da operação, materializada no Relatório de Análise, considerando as informações prestadas pelo BNDES, por meio da Nota AJ/COJIN 022/2017 (peça 799), e as demais informações colhidas no processo.

1061. É inequívoca a participação do Superintendente da AMC, Caio Marcelo de Medeiros Melo, a quem cabia definir as diretrizes e prioridades da Área de Mercado de Capitais, bem como ‘revisar e reformular o trabalho realizado pela equipe técnica, com a finalidade de subsidiar a tomada de decisão’.

1062. Da mesma forma, não restam dúvidas sobre a responsabilidade dos Chefes de Departamento da AMC/DEPAC e da AI/DEAGRO, departamentos responsáveis pela participação das duas áreas fundamentais envolvidas na operação: Área de Mercado de Capitais (AMC) e Área Industrial (AI).

1063. Sérgio Foldes Guimarães, chefe do Departamento de Acompanhamento da Área de Mercado de Capitais do BNDES (AMC/DEPAC) possui maior grau de responsabilidade, uma vez que seu departamento era o responsável pela operação, tendo em vista que a JBS S.A. já fazia parte da carteira da BNDESPAR, como informa a Nota AJ/COJIN 022/2017. Observe-se que, à exceção do Chefe de Departamento da AI/DEAGRO, todos os demais signatários pertencem à AMC, o que demonstra a maior participação dessa área.

1064. Isso reduz a responsabilidade de Jaldir Freire Lima, Chefe da AI/DEAGRO, porém, não a afasta. A Nota AJ/COJIN 022/2017 menciona que a participação desse departamento seria por meio da análise setorial, item 3 do RAn, o qual, isoladamente, não foi objeto de críticas do Tribunal. Por esse motivo, a instrução de 24/5/2017 (peça 123 do TC 034.932/2015-1) havia proposto a exclusão de sua responsabilidade. Porém, em reanálise levada a efeito em cumprimento ao Despacho do Relator à peça 132 daqueles autos, o chefe de departamento foi incluído no rol de responsáveis na instrução seguinte.

1065. Com efeito, a Nota AJ/COJIN 022/2017 afirma que a análise setorial ‘perpassava a análise técnica do investimento’, ou seja, a participação da AI/DEAGRO não foi tão pontual como alega o responsável e se interpretou inicialmente. Ademais, a mesma Nota é clara ao afirmar que havia duas áreas fundamentais envolvidas na operação: AMC e Área Industrial (AI), por meio da AI/DEAGRO. Tanto é assim que o relatório é conjunto: ‘Relatório de Análise Conjunto AMC/DEPAC nº 004/09 e AI/DEAGRO nº 037/09’. Não se mostra razoável admitir que o Chefe de uma das áreas que capitaneiam a análise, a área especializada no setor em que se insere a operação, tenha sido responsável apenas por um capítulo de cunho informativo.

1066. A alegação de Jaldir Freire Lima de que o Tribunal, por meio do Acórdão 2622/2020-TCU-Plenário, Relator Min. Augusto Sherman, decidiu, em situação semelhante, excluir a responsabilidade de técnicos do BNDES não procede, pois sua situação é distinta daquela tomada como paradigma.

1067. Sérgio José Suarez Pompeo foi ouvido em audiência como signatário do RAn, na qualidade de Assessor da AMC. O fato alegado de que, à época da análise, não mais integrava a equipe do AMC/Depac, não altera sua participação, ainda que esta tenha ocorrido de forma excepcional, como alega. Tampouco o fato de haver gozado férias entre 1/10/2009 e 6/11/2009 afasta sua responsabilidade, pois não se sabe, exatamente, quantos dias cada responsável dedicou a essa análise. De todo modo, assume-se que a análise da operação iniciou-se em agosto de 2009, tendo havido muitos outros dias para que o empregado se dedicasse à tarefa, inclusive após o Enquadramento da operação, que se deu em 24/11/2009.

1068. Mantém-se, também, a responsabilidade do Gerente da AMC/DEPAC André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes. Cabia a ele, em suas atribuições normais, ‘supervisionar as atividades afetas a sua área de atuação, orientando e controlando a aplicação de normas e procedimentos técnicos e administrativos, provimento de recursos, tomadas de decisões, visando a melhoria da atuação de sua Unidade’. Como signatário do RAn e dentro dessas atribuições, ele tinha a obrigação de evitar as falhas havidas no Relatório.

1069. Márcio Duarte de Medeiros, Engenheiro da AMC/DEPAC, possuía entre suas atribuições diversas atividades diretamente relacionadas à análise da operação e às falhas identificadas, entre as quais algumas destacadas no item 18 da Nota AJ/COJIN 022/2017:

- Elaborar estudos setoriais;
- Analisar o pedido de financiamento, especialmente sobre a ótica técnica (sic), bem como os impactos sociais e ambientais de sua realização;
- Analisar proposta de participação direta, via renda variável em novas empresas;
- Acompanhar a performance das empresas nas quais o BNDES e a BNDESPar possuem investimentos;

1070. Dessa forma, não há como afastar sua responsabilidade, podendo o fato de não possuir cargo de gerência, ou seja, de ter trabalhado sob orientação e supervisão de outros, ser considerado na gradação de sua multa.

1071. Por fim, figura entre os signatários do RAn o Diretor Eduardo Rath Fingerl. Observa-se que seu nome não constava do texto digitado do Relatório, tendo sido sua assinatura aposta com um carimbo (peça 1754, p. 8). Isso indica que ele assinou registrando sua anuência ao Relatório, não como um autor. De todo modo, o Diretor tem responsabilidade, ainda que indireta, sobre o documento. Conforme Nota AJ/COJIN 022/2017, ‘Ao Diretor da AMC, responsável pela direção executiva, cabia administrar e gerir as atividades da Área, nos termos das Portarias nº 081/2009 - Anexo 11-16 e nº 72/2011 (Anexos 11 e 12)’. Impossível admitir que o Diretor não acompanhasse de perto tal operação, fato que sequer foi contestado pelo responsável. Além disso, foi ele que encaminhou o Relatório à Diretoria.

1072. Assim, seja pelo ‘de acordo’ no relatório, seja pelo dever de gerir as atividades da AMC, devem ser rejeitadas suas razões de justificativa.

1103. Cabe acrescentar exame de alegação individual de Sérgio José Suarez Pompeo, o qual aduz que não foi citado a respeito do item 11-g do Despacho do Ministro Relator, referente às imputações tratadas neste item da instrução. Afirma que o Ofício 0116/2018-TCU/SecexEstataisRJ retornou sem entrega e não foi reiterado (peças 271 e 373 do TC 034.935/2015-0). Assim, não obstante, em respeito aos princípios da eventualidade, boa-fé e verdade real, apresentar esclarecimentos acerca do tema, ressalva o direito à apresentação de defesa quando efetivamente citado.

1104. Ocorre que o comparecimento do responsável aos autos supre a ausência de notificação. No caso, os representantes do responsável não só tomaram ciência da audiência, como solicitaram prorrogação de prazo para apresentar resposta quanto a ela, conforme peça 539 do TC 034.935/2015-0. Assim, não deve ser acolhido o pedido da defesa.

7.3. Alegações comuns aos Administradores (Diretores e membros de Conselhos e Comitê de Auditoria)

1105. Antes de apresentar as alegações dos Administradores, cabe apresentar brevemente a estruturação conceitual e procedimental a ser utilizada para aferir a responsabilidade e culpabilidade de todos os Administradores e demais membros dos órgãos estatutários, assim definidos nos termos da Lei das S.A. O modelo conceitual que se apresenta foi desenvolvido para a análise da responsabilização no âmbito do TC 025.551/2014-0, apreciado por meio do Acórdão 834/2021-TCU-Plenário, Relator Min. Vital do Rego, e o texto a seguir é uma reprodução, com pequenos ajustes, do que constou da instrução daquele processo.

7.3.1. Estrutura conceitual do exame técnico da responsabilização

1106. Como já afirmado nesta instrução, independentemente da complexidade da cadeia decisória, a responsabilidade pessoal dos administradores e empregados, mesmo quando atuam de modo colegiado, é um requisito indispensável para a viabilidade de qualquer instituto de delegação, tal como a estabelecida numa relação fiduciária, típica da administração de uma sociedade empresarial.

1107. Evidentemente, não seria razoável considerar que atos colegiados da Diretoria Executiva sejam tratados como atos individuais de cada um dos envolvidos. Entretanto, o fato de esses atos serem tomados de modo coletivo, já que há unicidade na decisão dos colegiados, não exime seus membros de responsabilização pessoal. É o que se extrai expressamente do seguinte dispositivo da Lei Societária:

Art. 158 (...) §2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

1108. Assim, embora seja a decisão colegiada una e indivisível, a atuação dos membros nessa decisão é individual, mas solidária, pois cada um tem a oportunidade de analisar os documentos, solicitar esclarecimentos e consignar seus votos.

1109. Um dos deveres impostos por lei, cujo cumprimento é exigido na norma legal acima mencionada, o ‘dever de diligência’, esperado dos administradores públicos, contempla diversos componentes que já consideram a complexidade dos processos de governança e cadeias decisórias. Por exemplo, o ‘dever de vigiar’ está relacionado a um monitoramento sistemático da entidade e tem um caráter proativo. De acordo com o referencial teórico sintetizado no Acórdão 1.839/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro José Múcio Monteiro, ‘exige-se que o administrador exerça o devido acompanhamento sistêmico dos negócios da companhia com o intuito de monitorar seu andamento e verificar a execução das diretrizes estabelecidas e das decisões tomadas’.

1110. Por sua vez, o ‘dever de investigar’ está relacionado a um momento decisório específico, a partir da necessidade de aprofundamento de investigações de temas específicos,

sempre que houver algum sinal de alerta (*‘red flag’*). Nesse sentido, ‘cabe aos administradores um olhar crítico sobre as propostas de deliberação, com o objetivo de identificar possíveis incompletudes ou erros’.

1111. Ainda do Acórdão 1.839/2018-TCU-Plenário, extrai-se a perspectiva do ‘dever de se informar’, segundo o qual ‘os administradores não podem se furtar de usar em seu processo decisório as informações relevantes que lhes tenham sido disponibilizadas, tampouco se eximir do dever de exigir a disponibilização das informações suficientes e necessárias para subsidiar sua tomada de decisão’.

1112. Ou seja, de todo esse contexto, observa-se que o papel dos membros da Diretoria Executiva) e empregados da estatal é exatamente o de garantir que todo o complexo processo que precede uma decisão tenha sido devidamente executado, de acordo com as normas e as melhores práticas de governança e gestão. Se falham nessa atribuição devem, sim, ser responsabilizados de modo específico e individual, mesmo no caso de decisões colegiadas, quando haverá solidariedade. Como no caso específico tratado nos autos, a atuação dos diretores não se limitou a uma questão de monitoramento e controle sistemático e geral das estruturas de governança e gestão, mas alcançou, também, autorização/aprovação direta e pontual para a realização de atos de gestão específicos, e assim suas condutas devem ser avaliadas também dentro dessa perspectiva de individualização de responsabilidades, a partir da especificação detalhada das diversas etapas que constituíram o processo decisório. Evidentemente, essa análise individual das condutas deve levar em consideração os papéis desempenhados por cada responsável dentro do seu plexo de atribuições e competências.

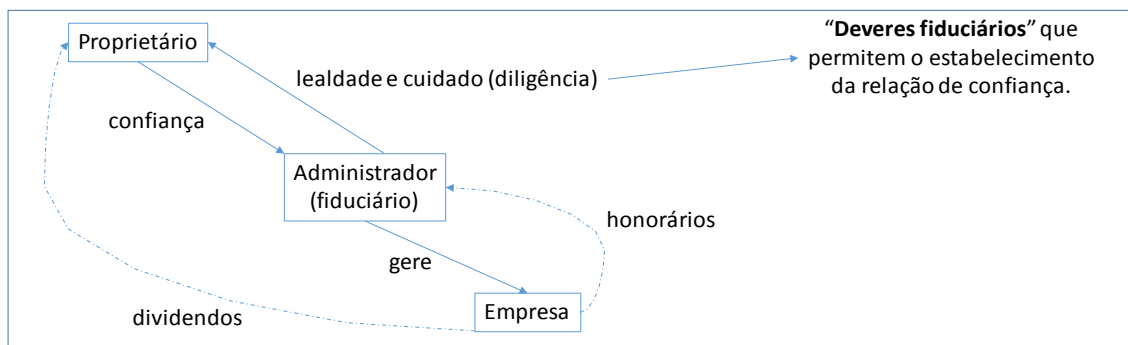
1113. Cabe, ainda, tecer algumas considerações adicionais sobre a forma pela qual o TCU deve analisar o cumprimento e a obediência, por parte dos administradores das empresas estatais, dos deveres fiduciários de diligência e lealdade.

1114. Conforme já citado anteriormente, deve ser destacado que o caput do art. 16 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) estabelece que ‘sem prejuízo do disposto nesta Lei, o administrador de empresa pública e de sociedade de economia mista é submetido às normas previstas na Lei 6.404/1976’.

1115. Os referidos deveres previstos na Lei das Sociedades Anônimas decorrem das relações que se estabelecem entre os ‘administradores’ (fiduciários), que ficam encarregados pela condução dos negócios e pela gestão dos recursos, e os acionistas (‘proprietários’), que, por meio da realização de aportes de recursos, buscam a maximização dos retornos sobre seu capital. No caso em questão, o acionista majoritário do BNDES é o governo federal, que representa os anseios da sociedade brasileira, a qual, em última análise, é a verdadeira proprietária da empresa, e deve ser a principal beneficiária das operações realizadas pela entidade.

1116. São exatamente os ‘deveres fiduciários’ que permitem o estabelecimento da necessária confiança mútua entre proprietários e administradores. Os primeiros devem garantir remuneração e incentivos adequados para os administradores, que, por sua vez, devem obrigatoriamente gerir os negócios e recursos de modo cuidadoso (‘dever de diligência’), em benefício exclusivo dos proprietários, e não para o seu próprio benefício (‘dever de lealdade’).

1117. A perfeita compreensão desse modelo de relação fiduciária é necessária para um adequado exame das responsabilidades dos administradores no caso concreto que ora se analisa. A Figura abaixo representa esquematicamente como se estabelecem essas relações.



1118. É importante destacar que, no caso do BNDES, empresa pública, o proprietário ‘controlador’ é o próprio Estado (no caso concreto, a União). **Ou seja, o administrador, que deve servir aos interesses da empresa pública, não pode perder de vista o interesse público que justificou a criação da estatal, nem a sua submissão a um conjunto de regras próprias e específicas que norteiam os padrões de comportamento de qualquer administrador público.**

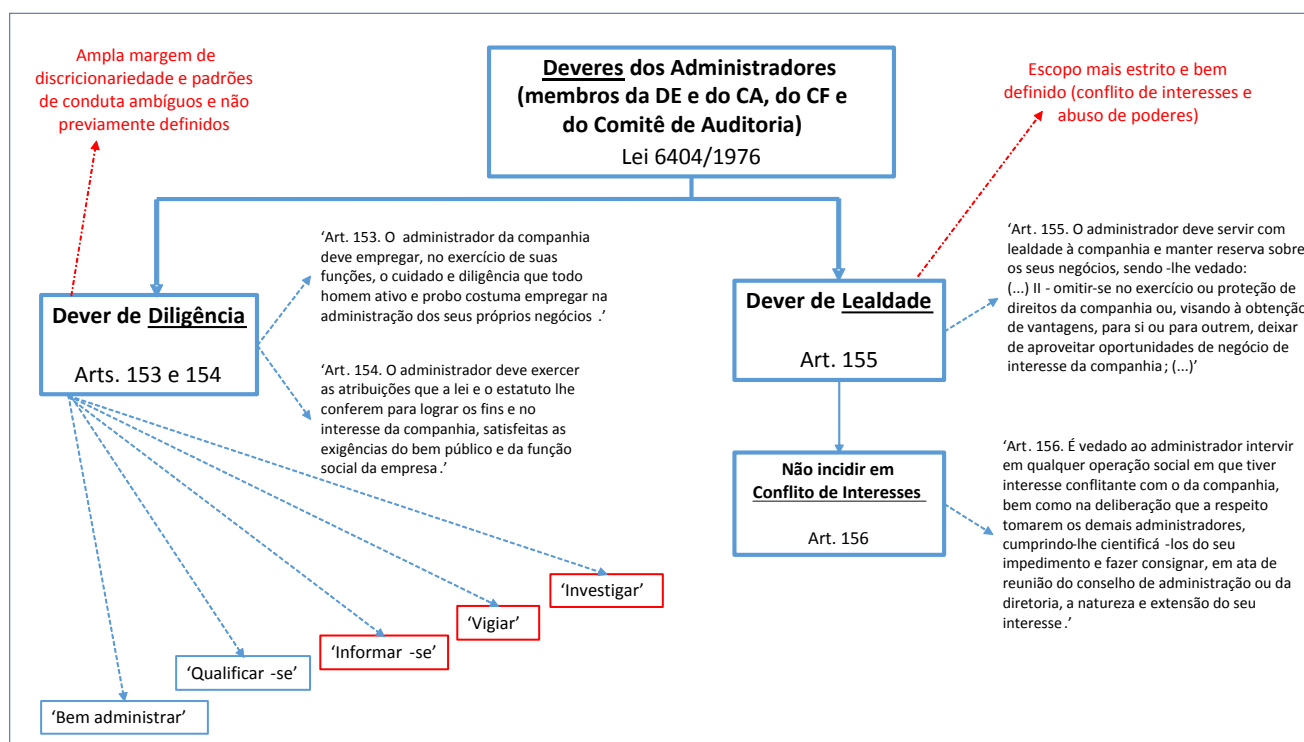
1119. No que se refere aos papéis desempenhados por cada grupo de agentes de uma empresa pública, como o BNDES, é imperioso observar que, em geral, há três instâncias principais que balizam a estruturação de um sistema de governança. No nível mais alto encontra-se o ‘conselho de administração’, que embora não seja responsável pela gestão do dia a dia da empresa, incumbe-se das grandes e mais importantes decisões estratégicas corporativas, bem como da tomada de decisões específicas (nos casos estabelecidos no estatuto social) e da supervisão e monitoramento dos negócios (*oversight*). O segundo grupo, usualmente denominado de Diretoria Executiva, além de também ser responsável pelo *oversight*, toca a administração cotidiana, contando com o apoio do terceiro grupo, os empregados, que efetivamente executam as atividades de nível tático e operacional, envolvendo-se, também, em alguns casos, em decisões e atividades de nível estratégico.

1120. O conceito de administradores da Lei das Sociedades Anônimas e, também, da Lei das Estatais engloba os dois primeiros grupos: membros do Conselho de Administração (CA) e diretores (art. 138 da Lei 6.404/1976 e parágrafo único do artigo 16 da Lei 13.303/2016) e se estende também, por força do art. 160 da Lei das S.A., ‘aos membros de quaisquer órgãos, criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores’. Enquadram-se nessa situação os membros do Comitê de Auditoria do BNDES e dos Conselhos Fiscais do BNDES e da BNDESPAR.

1121. Com base em todo esse contexto, conclui-se que o exame em questão deve levar em consideração, principalmente, mas sem prejuízo de outros critérios, os padrões de conduta estabelecidos nos arts. 153, 154, 155, 156 e 158 da Lei 6.404/1976. Em síntese, emergem desses dispositivos, como critérios balizadores do exame de responsabilidade, os deveres de diligência (arts. 153 e 154), de lealdade (arts. 155 e 156) e de responsabilidade (art. 158, todos do mesmo diploma).

1122. No caso do dever de diligência, a ampla literatura existente (Flávia Parente, Modesto Carvalhosa, Nelson Eizirik etc), revisada pelo TCU quando da prolação do Acórdão 1.839/2016-TCU-Plenário, aponta para uma subdivisão em cinco deveres específicos, que são os de ‘bem administrar’, ‘qualificar-se’, ‘informar-se’, ‘vigiar’ e ‘investigar’. A figura a seguir apresenta um diagrama esquemático que permite melhor visualizar esses distintos deveres, vinculando-os aos critérios normativos específicos que os balizam.

1123. É interessante notar um aspecto importante que surge por meio da revisão da literatura acerca da definição desses deveres. No caso do dever de diligência, percebe-se uma maior amplitude na margem de discricionariedade com que os agentes podem atuar, sendo os padrões de conduta muitas vezes ambíguos (no sentido de que não são facilmente identificáveis) e não previamente definidos. Por sua vez, o dever de lealdade tem um escopo muito mais estrito e bem definido, já que especifica de modo preciso a proibição à prática de atos com conflitos de interesses e com abuso de poderes (Aydin, 2014).



1124. Essa maior precisão no padrão de conduta referente ao dever de lealdade parece ter sido refletida na Lei 6.404/1976, já que o legislador estabeleceu uma espécie de valoração comparativa entre diligência e lealdade quando especificou no §6º do art. 159 que ‘o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia’. Ou seja, mesmo no caso de uma eventual falta de diligência, seria admissível uma relativização da responsabilidade dos administradores. Por outro lado, caracterizada a ausência de boa-fé e comprovada a atuação em prol de interesses particulares, e não da companhia (falta de lealdade), não há a mínima hipótese de exclusão da responsabilidade.

1125. Todos esses deveres são observados em conjunto, assim como a análise de seu cumprimento não pode ser realizada de forma estanque. Da mesma forma, a análise da boa-fé prevista no §6º do art. 159 necessariamente estará conectada com a observação do comportamento do administrador em relação aos deveres que lhe são impostos. A análise que aqui se realiza avalia o cumprimento de cada dever separadamente, para que seja possível estabelecer uma linha de raciocínio e exame dos fatos, mas sem perder de vista essa conexão.

1126. Nesse sentido, entende-se que, no caso concreto que se examina, em regra, se deve inicialmente aferir o cumprimento do dever de lealdade e, em segundo momento, perquirir pelo cumprimento do dever de diligência, principalmente em seus aspectos da obrigação dos administradores em ‘se informarem’, ‘investigarem’ e ‘vigiar’. Em alguns casos, essa ordem pode ser invertida ou a análise pode ser feita de forma conjunta, conforme as circunstâncias.

1127. O ‘dever de se informar’ caracteriza-se pelo fato de que os administradores não

podem se furtar de usar em seu processo decisório as informações relevantes que lhes tenham sido disponibilizadas, tampouco se eximir do dever de exigir a disponibilização das informações suficientes e necessárias para subsidiar sua tomada de decisão. Esse dever está relacionado ao momento da tomada de decisão e deve ter um caráter proativo (Acórdão 1.839/2016-TCU-Plenário).

1128. Por sua vez, o ‘dever de investigar’ consiste na obrigação de os administradores não receberem de forma passiva as informações que lhes são passadas. Cabe aos administradores um olhar crítico sobre as propostas de deliberação, com o objetivo de identificar possíveis incompletudes ou erros. A necessidade de exercício desse dever se exacerba ‘quando se comprova que os administradores foram alertados sobre fatos que poderiam causar problemas ou danos à companhia’. Além de também estar relacionado ao momento decisório específico, pode ser exercido no monitoramento sistemático (*oversight*). Em geral, tem um caráter mais reativo (administrador deve ter preocupação especial quando alertado sobre falhas – ‘*red flags*’).

1129. Por fim, novamente recorrendo ao Acórdão 1.839/2016-TCU-Plenário, o ‘dever de vigiar’ refere-se ao acompanhamento sistêmico e permanente dos negócios da companhia, com o intuito de monitorar seu andamento e verificar a execução das diretrizes estabelecidas e das decisões tomadas. ‘Assemelha-se ao dever de se informar pela natureza proativa na busca por informações, diferindo daquele por não se relacionar ao momento decisório, mas ao monitoramento sistemático de atos’.

1130. Com efeito, cabe aos Conselhos de Administração definir os rumos da entidade, cabendo-lhe também, por decorrência lógica, a atribuição de fiscalizar o cumprimento da estratégia traçada, descendo aos detalhes dos negócios, tanto quanto necessário a esse fim.

1131. Os deveres de ‘bem administrar’ e ‘qualificar-se’, que também compõem o dever de diligência, são de aferição mais difícil, razão pela qual não são incluídos no modelo de análise que se apresenta, até porque este não pretende cobrir todas as situações possíveis. Impende, porém, registrar que há circunstâncias em que é cabível e necessária a aferição desses deveres, sendo possível identificar seu descumprimento, pois a discricionariedade não significa liberdade total para agir ou deixar de agir.

1132. Esclarecidos os aspectos sobre os quais devem estar assentados os ‘padrões de conduta’ (*standards of conduct*) a servirem de referência para a apreciação das operações no caso em apreço (concessão de apoio à Bertin, via aquisição de participação no seu capital, e posterior apoio à incorporação da empresa pela JBS), entende-se necessário, ainda, delinear quais devem ser os padrões de avaliação (*standards of review*) a serem adotados pelo TCU na revisão da decisão negocial tomada pelos administradores do BNDES e BNDESPAR.

1133. A revisão da literatura apresenta alguns conceitos importantes que devem ser levados em conta pelo julgador de uma decisão negocial, sendo os principais (i) a regra de avaliação de negócios (*business judgment rule* - BJR); (ii) o conceito de erro grosseiro (*gross negligence*); e (iii) as circunstâncias do caso concreto (Acórdão 1.839/2018-TCU-Plenário; Aydin, 2014).

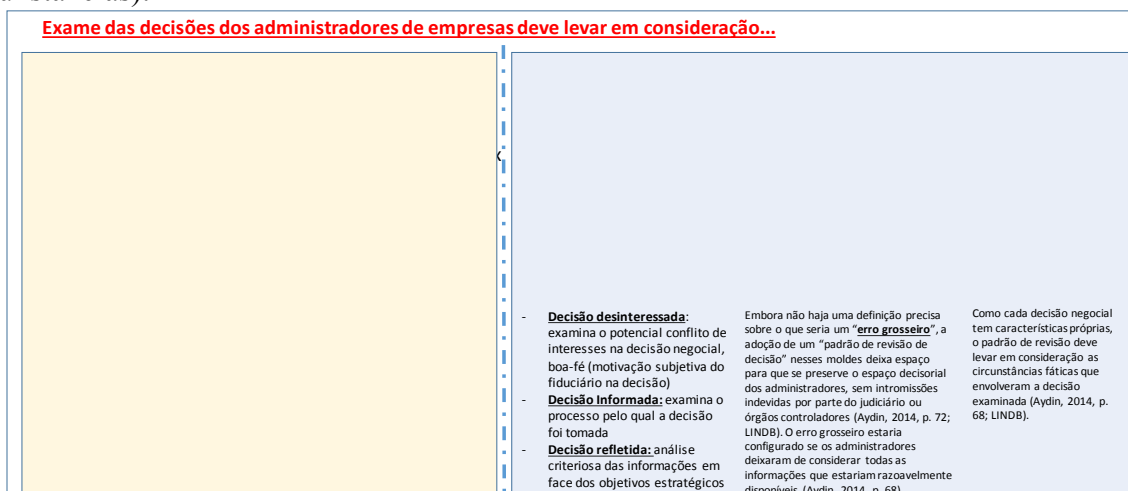
1134. A BJR é uma regra que afasta a possibilidade de revisão de uma decisão empresarial por parte de instâncias judiciais, regulatórias ou de controle externo sempre que ela tiver sido tomada de maneira ‘desinteressada’, ‘informada’ e ‘refletida’. A BJR é um *standard of review* muito difundido na literatura e na jurisprudência internacional, sobretudo norte-americana, sendo refletida no direito pátrio por intermédio da própria Lei das Sociedades Anônimas (nos conjuntos de artigos que estabelecem os deveres e responsabilidades dos administradores).

1135. O conceito de erro grosseiro também é muito relevante. Embora não haja uma definição precisa sobre o que seria um ‘erro grosseiro’, a adoção de um padrão de revisão de decisão nesses moldes permite preservar o espaço de decisão dos administradores, sem intromissões

indevidas por parte do judiciário ou de órgãos controladores na atividade empresarial. No Brasil, esse conceito, que já era amplamente adotado pelo TCU em suas decisões, ganhou maior notoriedade com o advento da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), afirmando que ‘o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro’.

1136. Finalmente, as circunstâncias do caso concreto devem também ser tidas como relevantes para a apreciação, uma vez que, como cada decisão negocial tem características próprias, o padrão de revisão (*standard of review*) deve levar em consideração as circunstâncias fáticas que envolveram a decisão examinada (Aydin, 2014, p. 68). No País, as alterações promovidas na LINDB em 2018 também sublinharam essa necessidade ao postularem, no *caput* do art. 22, que ‘na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados’. O §1º desse artigo determina, ainda, que, ‘em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente’. Além disso, o §2º do mesmo artigo estabelece que, ‘na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente’.

1137. A figura a seguir procura demonstrar todo esse modelo de avaliação, que combina os padrões de conduta (diligência e lealdade) e os padrões de revisão da decisão (BJR, erro grosseiro e circunstâncias):



1138. Feitos todos esses esclarecimentos sobre os diversos conceitos, critérios e referenciais que devem ser empregados na apreciação do caso concreto em análise, passa-se, a seguir, a examinar as alegações trazidas pelos responsáveis para sustentar que cumpriram com os seus deveres fiduciários de lealdade e diligência. Para isso, e sem perder de vista a conexão entre os deveres, como já comentado, os argumentos que balizam as alegações dos responsáveis serão apreciados de forma a permitir os seguintes tipos de exames, que, ao final, viabilizarão a formação do juízo de mérito sobre o cumprimento ou não dos deveres fiduciários:

Tipo de Exame	Critério
1. Exame do cumprimento do dever de lealdade	
1.1.Omitiu-se no exercício ou proteção de direitos da companhia?	art. 155, inc. II e §2º, Lei 6.404/1976
1.2.Obteve vantagens para si ou para outrem?	art. 155, inc. II e §2º, Lei 6.404/1976

Tipo de Exame	Critério
1.3. Teve interesse conflitante com o da companhia?	art. 156, Lei 6.404/1976
2. Exame do cumprimento do dever de diligência	
2.1. Informou-se adequadamente sobre todos os aspectos do negócio?	art. 153, Lei 6.404/1976
2.2. Investigou quando necessário?	art. 153, Lei 6.404/1976
2.3. Vigiou adequadamente?	art. 153, Lei 6.404/1976
3. Verificação da possibilidade de responsabilização?	
3.1. Circunstâncias que hajam imposto, limitado ou condicionado o agente	§1º do art. 22 da LINDB
3.2. Identificação da natureza, gravidade, atenuantes e agravantes	§2º do art. 22 da LINDB
3.3. Erro grosseiro?	art. 28 da LINDB
3.4. Agiu de boa-fé e no interesse da companhia?	§6º do art. 159 da Lei 6.404/1976
3.5. Colaborador com a justiça (colaboração premiada)?	§2º do art. 22 da LINDB

1139. Conforme já pontuado, a ordem dos exames poderá variar, em cada caso, assim como alguns itens de análise podem não se aplicar a determinadas circunstâncias.

7.3.2. Alegações

1140. Apresentam-se, a seguir, as alegações comuns a todos os responsáveis enquadráveis como administradores, nos termos das Lei das S.A.

1141. Diversos responsáveis afirmam que a fiscalização de atos de gestão de empresas estatais deve ser feita à luz dos preceitos aplicáveis às sociedades anônimas em geral, conforme a disciplina do direito privado, atendendo à norma da *Business Judgment Rule* (BJR).

1142. Aduzem que o direito brasileiro recepcionou tal preceito, sobretudo, por meio da Seção IV da Lei das S.A., na qual estão previstos o dever de diligência, de lealdade, de agir nos interesses da companhia, da vedação ao conflito de interesses e do regime de responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas.

1143. Acrescentam que, para fins de fiscalização de gestão, pouco importa o resultado que se obteve, até porque o risco é intrínseco a qualquer negócio. Toda a exigência que se pode impor ao gestor é sobre sua conduta - e não sobre os resultados que dela decorrem -, limitando-se a verificar se suas decisões foram informadas, refletidas e desinteressadas, jamais se permitindo ilações sobre seu mérito.

1144. Afirmam que a BJR é uma presunção de que, ao tomar uma decisão comercial, os administradores agem com base em informações, pautados pela boa-fé e na crença sincera de que a ação tomada guarda compatibilidade com os interesses da companhia. Menciona-se o Acórdão 2824/2015-TCU-Plenário, Relator Ministro José Múcio, em que o TCU reconhece a existência da *business judgment rule* no direito brasileiro.

1145. Apresentam doutrina de Nelson Eizirik, Flávia Parente e precedentes da CVM, intentando demonstrar que as decisões negociais devem ser analisadas dentro do contexto em que foram tomadas, não sendo possível reavaliá-las sob outros parâmetros, considerando cenários hipotéticos com expectativa de lucro mais rentável. Dessa maneira, não seria possível imputar aos responsáveis responsabilidade por terem decidido com os elementos técnicos trazidos ao seu conhecimento à época de sua deliberação.

1146. Afirmam, assim, que, com relação à análise das decisões do administrador, sua responsabilidade não deve ser examinada sob o viés do que um terceiro estranho ao processo decisório poderia entender como ‘a melhor conduta’, mas, sim, se a conduta tomada foi razoável. Assim, seria impróprio que, passados dez anos dos fatos, a equipe de auditoria do TCU, que não

estava presente aos acontecimentos, pretenda substituir o critério dos técnicos da BNDESPAR.

1147. Diversos membros da Diretoria alegam que confiaram nas informações fornecidas pela área técnica, o que lhes era permitido pelo ‘direito de confiar’ (*right to rely*).

1148. Aduzem que se, por um lado, o administrador não pode se esquivar das decisões negociais sob a alegação de desconhecimento, devido ao dever de se informar, também não é razoável esperar, por outro lado, que todos os membros da diretoria tenham expertise ou experiência para lidar com absolutamente todos os assuntos que são levados à sua apreciação.

1149. Não seria exigível de qualquer diretor refazer todas as análises empreendidas anteriormente pelo corpo técnico. Deles, espera-se uma tomada de decisão informada, refletida e desinteressada baseada nas informações que a eles são levadas. Nessa ordem de ideias é que deve ser interpretada a extensão do direito de diligência atribuído aos dirigentes.

1150. Inexistindo qualquer violação do estatuto, eis que os atos de gestão que concretizaram o investimento na Bertin teriam seguido todos os normativos internos e procedimentos aplicáveis e vigentes à época, aplica-se a regra geral do art. 158, *caput*, da Lei das S.A. Regra essa que indica que o administrador não é pessoalmente responsável por ato regular de gestão. Aponta-se jurisprudência do STJ nesse sentido (peça 1334, p. 214).

1151. Mencionam decisão da CVM no sentido de que (peça 422, p. 186):

os administradores podem (e, muitas vezes, devem) tomar suas decisões considerando entendimentos de terceiros, contidos em memorandos, pareceres, relatórios, estudos e outros (Voto da Presidente Maria Helena Santana na sessão de julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 25/03)

1152. Acrescentam que a CVM elenca seis requisitos para que o administrador não responda por decisão fundada em assessoramento técnico: (i) qualificação do assessor; (ii) divulgação de informações; (iii) efetiva confiança; (iv) nexos de causalidade; (v) sinais de alerta e (vi) boa-fé. Todos teriam sido atendidos no presente caso.

1153. Os responsáveis apresentam voto do Ministro Teori Zavascki, para defender que o STJ admite que o vício de conduta seria presumível, ao menos de forma culposa, se o administrador tivesse praticado um ato contrário ao que lhe foi recomendado pelas áreas técnicas, não sendo razoável presumir-se a culpa em situação oposita. Apresenta-se, também, jurisprudência do STJ que confirmaria a tese (peça 429, p. 143).

7.3.3. Análise das alegações

1154. Todas as alegações relativas à aplicação da *Business Judgment Rule* (BJR) e demais parâmetros de análise apontados pelos responsáveis constam do modelo de análise apresentado e serão devidamente considerados na análise que se fará para cada grupo de administradores.

7.4. Alegações atinentes a Diretores substitutos e efetivos

7.4.1. Os Diretores que não eram da área responsável não dispunham de todas as informações

1155. Afirma-se que, ainda que a decisão seja tomada de maneira colegiada, a responsabilidade somente pode ser atribuída ao diretor se ficar comprovado que ele teve papel ativo na construção do processo decisório ou agiu com negligência, conformedo o nexo causal, afastando qualquer possibilidade de responsabilidade objetiva pelo fato de integrar órgão colegiado. Nesse sentido, deve ser considerado que os diretores de outras áreas não possuíam o mesmo nível de conhecimento acerca das operações submetidas ao colegiado.

7.4.2. Atuação limitada pela condição de substituto, por apenas um dia

1156. Diretores substitutos apresentam alegações no sentido de que ocupavam outros

cargos técnicos, que não de diretores. Aduzem que, pela organização interna do Banco, as reuniões de Diretoria eram realizadas com os Diretores de cada área, exceto em casos de férias, licenças e eventualidades que os acometessem, hipóteses nas quais os Superintendentes das Áreas respectivas eram designados para supri-los.

1157. Afirmam que o próprio BNDES modificou, em novembro de 2016, por meio da Decisão nº Dir. 651/2016-BNDES, o artigo 15, § 1º, do Estatuto Social da BNDESPAR, de forma a determinar que Diretores apenas sejam substituídos por outros Diretores – e não mais por Superintendentes – na ocasião de sua eventual ausência da Diretoria.

1158. Alega-se, por fim, que o Ministro-Relator, nos autos de outro processo, referente a financiamentos concedidos pelo BNDES às exportações de bens e serviços de engenharia para implantação de obras rodoviárias (Acórdão 2006/2019-TCU-Plenário), decidiu por excluir a responsabilização dos diretores substitutos que participaram das operações, entendendo que não seria razoável exigir dos mesmos, em virtude da atuação episódica e por brevíssimos períodos de tempo, que adotassem ‘medidas de largo espectro que demandem tempo para serem concebidas e implantadas’.

7.4.3. Não houve falha da Diretoria no acompanhamento da operação

1159. Alegam que é notória a posição contraditória das imputações lançadas contra a Diretoria do BNDES, ao se afirmar que seus membros não teriam acompanhado com desvelo e rigor necessários a destinação e a aplicação dos recursos aportados pelo BNDES na BERTIN S.A., ao mesmo tempo em que a instrução técnica assevera que houve uma omissão da equipe técnica quando da análise da operação e isso teria resultado na distorção apontada. Refutam a conclusão de que a Diretoria poderia ter constatado as deficiências da referida operação tão somente da leitura do parecer técnico que embasou sua decisão.

1160. As defesas asseveram que toda organização, especialmente aquelas de grande porte, para ser minimamente eficiente, precisa repartir e descentralizar a realização do trabalho em muitos órgãos, cabendo a sua cúpula a missão de exercer uma supervisão de caráter geral sobre todas as operações e negócios de toda a organização. Assim, seria absurdo supor que a diretoria de uma organização como a BNDESPAR, a mesma do BNDES, teria condições de interromper suas inúmeras demandas e tarefas para se debruçar, nos mínimos detalhes, sobre o desenrolar do investimento na Bertin.

1161. A atribuição de acompanhar a operação seria da AMC/DEPAC, conforme diretrizes e metas gerais da operação, estabelecidas nos dois instrumentos aprovados por meio da Decisão Dir. 046/2008-BNDESPAR: o Contrato de Subscrição e o Acordo de Acionistas.

1162. Acrescentam que a própria Diretoria delegou poderes a dois diretores para que, caso houvesse necessidade, fossem feitas alterações nos termos do Acordo de Acionistas e no Contrato de Subscrição. Havendo necessidade de alterações mais profundas e drásticas nas condições da operação, o caso seria inevitavelmente submetido à diretoria.

1163. Aponta-se que, nesses termos, as IP's que aprovaram a realização dos demais aportes de recursos na Bertin (IP AMC/DEPAC 116/2008, IP AMC/DEPAC 127/2008 e IP AMC/DEPAC 163/2008) foram canceladas pelo respectivo diretor da área, isto é, da Área de Mercado de Capitais - AMC (com exceção da penúltima, que teve a aprovação dada pelo Diretor substituto).

1164. Desse modo, não faria sentido alegar a inexistência de *feedbacks* como forma de imputar responsabilidade aos diretores da BNDESPAR, na medida em que a Diretoria, por intermédio do diretor da Área de Mercado de Capitais - AMC, estava ciente de todo o desenrolar da operação, a partir das informações geradas na AMC/DEPAC.

7.4.4. Alegações individuais

1165. Wagner Bittencourt de Oliveira argumenta que não tinha por obrigação investigar o conteúdo do relatório de análise, tendo o direito de confiar nas premissas do relatório elaborado pelas equipes técnicas.

1166. Jorge Kalache Filho alega que participou da reunião da Diretoria da BNDESPAR que aprovou a operação de aporte na condição de substituto, que circulava nas reuniões de diretoria uma série de deliberações, o que tornava impossível o aprofundamento de todas as questões envolvendo cada uma das operações a um suplente de diretor, convocado às pressas. Acrescenta que sequer fazia parte da Área de Mercado de Capitais, sendo Superintendente de outra área operacional, a Área Industrial ('AI'), não tendo qualquer tipo de envolvimento com investimentos em participações acionárias, em geral, e com o investimento na Bertin, em particular. (Peça 425, p. 9 e 63, e peça 42, p. 7-10)

1167. Jorge Kalache Filho acrescenta que ocupou o cargo de Diretor da BNDESPAR esporadicamente, no total de catorze dias alternados, não podendo responder pelo acompanhamento da operação. Deixou o cargo de Superintendente da Área Industrial dois meses após a reunião da diretoria que aprovou a operação, e se aposentou em agosto de 2008. (Peça 42, p. 7 e 16)

1168. Luiz Fernando Linck Dorneles aduz que apenas assumiu seu cargo como diretor em outubro de 2008, de modo que sua participação no acompanhamento da operação de apoio à Bertin somente se deu quando da realização do último aporte de R\$ 700 milhões, ocorrido em dezembro de 2008. (Peça 429, p. 94)

7.4.5. Análise das alegações

7.4.5.1. Participantes da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008 – item 11-b do Despacho de 14/3/2018 (peça 207 do TC 034.935/2015-0) e item 9.4.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário: Luciano Galvão Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, e Jorge Kalache Filho.

1169. Os itens das deliberações acima mencionadas referem-se, respectivamente, à audiência e à citação determinadas para os membros da Diretoria que aprovaram a Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR (peça 276, p. 299, e peça 56 do TC 034.935/2015-0), que autorizou a operação de apoio financeiro a Bertin S.A., no valor de até R\$ 2,5 bilhões, com base no Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008, que apresentava as falhas e irregularidades descritas nos itens 9.4.1.1 a 9.4.1.5 do Acórdão 2.154/2018 e b-1 a b-5 do Despacho de 14/3/2018.

1170. No item 3.3.4. desta instrução foram apresentadas as conclusões acerca do exame, sob o ponto de vista objetivo, das razões de justificativa e alegações de defesa relacionados às falhas apontadas no mencionado Relatório de Análise. No item 7.2.6.3. foi analisada a responsabilidade dos signatários do Relatório de Análise pelas falhas não justificadas. Na presente seção, será examinada a responsabilidade dos Diretores por essas falhas, bem como sobre o dano que lhes foi imputado.

1171. Em resumo, foram mantidas as seguintes irregularidades concernentes ao Relatório de Análise em comento:

i) elaborado sem o embasamento necessário em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, com falta de zelo com os recursos públicos, demonstrada na ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos, já que o Plano de Negócios apresentado para respaldar a operação não indicava onde efetivamente os recursos seriam

aplicados, e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira (itens b.1 do Despacho e 9.4.1.1 do acórdão);

ii) sem apresentar levantamento apropriado do endividamento da recém-criada Bertin S.A. (itens b.2 do Despacho e 9.4.1.2 do acórdão);

iii) sem a exigência de análises mais profundas da situação econômico-financeira da empresa recém-criada, para a confirmação das informações prestadas, principalmente com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA (itens b.3 do Despacho e 9.4.1.3 do acórdão);

iv) proposição de realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira - conforme se poderia constatar por meio de mera análise dos demonstrativos financeiros da companhia, procedimento esse necessário quando se trata de aquisição de participação acionária em outras empresas -, que redundou em operação financeira de elevado risco (itens b.4 do Despacho e 9.4.1.4 do acórdão); e

v) proposição de realização da operação, embora a empresa Bertin, por ocasião da participação societária promovida pelo BNDES, já tivesse ultrapassado o limite máximo de exposição à referida companhia em pelo menos R\$ 207.069.710,00, expondo o BNDES a desnecessário risco financeiro (itens b.5 do Despacho e 9.4.1.5 do acórdão).

Exame do cumprimento do dever de lealdade

1172. A análise já realizada demonstra de forma inequívoca que os membros da Diretoria que aprovaram a operação aqui tratada, por meio da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, não cumpriram com seu dever de lealdade.

1173. Como restou demonstrado, o Relatório de Análise se focou apenas nos interesses da companhia apoiada, a Bertin S.A. Foram negligenciados os riscos financeiros da operação, aprovando a proposição de um Relatório de Análise que carecia de completude e profundidade, especialmente em relação ao exame da situação econômico-financeira da empresa e à análise dos limites de exposição, que já haviam sido extrapolados.

1174. Não é razoável admitir que os Diretores se fiassem apenas na afirmativa do RAn de que havia boas perspectivas de rentabilidade. O interesse do BNDES, e não poderia ser diferente em qualquer empresa do sistema, não é e nunca foi somente o lucro. Haveria de ser demonstrado que o apoio traria benefícios reais para o país e que estes justificavam os riscos assumidos. E, obviamente, para que esse cotejamento fosse feito, dever-se-ia examinar a fundo ambos os aspectos: riscos e benefícios.

1175. Não foi feita essa análise. O único benefício evidenciado no RAn foi a melhoria da estrutura de capital da empresa (benefício da empresa). A concessão do apoio sem reais **perspectivas** (não se fala aqui de certezas, muito menos de resultados) de geração de empregos ou de outros impactos positivos para a sociedade é expor o BNDES a risco. Além do risco financeiro, o qual, no caso, não pode ser considerado inerente ao negócio, afigurou-se o risco de inefetividade da ação, tão ou mais importante que aquele.

1176. Nessa situação, é inequívoco que o colegiado de Diretores agiu para obter vantagens para outrem, uma das situações que caracterizam a quebra do dever de lealdade.

Exame do cumprimento do dever de diligência

1177. Também se conclui que os diretores falharam com o dever de diligência. As falhas e lacunas presentes no Relatório de Análise eram óbvias. Embora a *due diligence* não fosse obrigatória, as informações que seriam produzidas por tal estudo eram necessárias. Já as outras informações faltantes ou incompletas no Relatório de Análise eram exigidas pelas normas.

1178. Conforme amplamente demonstrado no item 3.3.1. desta instrução, aspectos

essenciais do negócio não foram analisados ou reportados e os diretores não os exigiram. Em uma operação de R\$ 2,5 bilhões, para aporte em uma empresa de capital fechado, que passava por uma reestruturação, era exigível que os Diretores cobrassem a completude da Análise, bem como investigassem as informações recebidas. Nada disso foi feito. Os Diretores simplesmente acolheram as proposições, alegando, agora, que podiam confiar na área técnica.

1179. Conforme já exposto, o dever de diligência abarca os deveres de informar-se, investigar e bem administrar, entre outros. O direito de confiar não afasta esses deveres, como as defesas parecem querer fazer crer. A necessidade de sinais de alerta (*red flags*) não se refere apenas a irregularidades flagrantes. A própria materialidade e os riscos associados a uma operação já são suficientes para que se acione o dever de investigar.

1180. O valor de R\$ 2,5 bilhões, correspondendo a quase 27% da empresa (após o aporte), já deveria despertar nos diretores a necessidade de se informar sobre o grau de envolvimento financeiro do Sistema BNDES com a empresa, como preconizava a Res. 1.318/2006-BNDES (v. parágrafo 541), e de investigar em mais detalhes o que esse novo aporte traria de benefícios para o banco e para a sociedade, de forma a justificar o novo apoio.

1181. Necessariamente, os membros da Diretoria teriam de saber que não foi analisado o limite de exposição do BNDES à Bertin S.A. e que não se evidenciaram os impactos da operação para a sociedade. As demais falhas apontadas no início do presente item da instrução também eram detectáveis pelos diretores, seja pelo exercício do dever de diligência, seja pelo simples confronto com os requisitos da Res. 1470/2007-BNDES.

Verificação da possibilidade de responsabilização

1182. Verificada a decisão, sob os padrões de conduta aplicáveis (deveres de diligência e lealdade), cabe aplicar os padrões de avaliação (*standards of review*) sobre o ato inquinado, considerando, especialmente, os requisitos da *business judgment rule* – BJR (decisão desinteressada, informada e refletida), a existência de erro grosseiro (*gross negligence*) e as circunstâncias do caso concreto.

1183. A aplicação desses conceitos leva à conclusão de que cabe a responsabilização dos membros da Diretoria responsáveis pela aprovação da operação. A quantidade de falhas contidas no Relatório de Análise, frente aos normativos aplicáveis, a ausência de adequada avaliação dos riscos da operação, por meio do efetivo exame da situação econômico-financeira da Bertin S.A., o descaso em relação ao grau de envolvimento financeiro do Sistema BNDES com a empresa e aos benefícios esperados com a operação levam a duas conclusões alternativas possíveis: os diretores agiram de forma interessada, com má-fé, atuando dolosamente no interesse de terceiros, em detrimento dos interesses do BNDES e da sociedade brasileira; ou eles agiram de forma desinformada e irrefletida, permitindo, dessa forma, que se consumasse o mesmo resultado. Em ambas as hipóteses, o resultado é o mesmo: resta afastada a regra negocial prevista na BJR.

1184. Ante a afirmativa uníssona dos responsáveis de que não agiram de forma dolosa e não havendo evidências concretas nesse sentido, prevalece a segunda conclusão. Agindo sem se informar e refletir adequadamente sobre a operação, os responsáveis deixaram de atuar no exercício regular de suas funções, sendo passíveis de punição.

1185. Tais falhas, indubitavelmente, também caracterizam o erro grosseiro. Mesmo desconsiderando os apontamentos passíveis de discussão ou interpretação, como a obrigatoriedade da *due diligence*, o grau de utilização de informações fornecidas pela Bertin S.A., ou a utilização do valor da participação no cálculo do limite de exposição, o fato é que permanecem inúmeras falhas facilmente identificáveis, pois eram claramente exigidas pelas normas.

1186. Por fim, não se identificam circunstâncias práticas que houvessem imposto, limitado ou condicionado a ação dos diretores, de modo a afastar sus responsabilidades. Havia informações

suficientes no Relatório de Análise para entender o contexto da operação e identificar as lacunas nele existentes, bem como para indicar a necessidade de exercício do dever de investigar e se informar. A alegação de suposto alinhamento a política governamental, além de não restar totalmente confirmada, não se prestaria, ainda que verdadeira, a afastar a necessidade da devida análise da operação. Confirmando o que foi concluído nas instruções anteriores, era possível aos responsáveis ter consciência da ilicitude do ato, bem como agir de forma diferente.

1187. Especificamente quanto a Jorge Kalache Filho, sua condição de substituto não lhe retira os deveres de lealdade e diligência. Era possível ao responsável identificar as falhas, especialmente considerando que ele participou também da 135ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito – CEC, que examinou a operação. Ou seja, não era um assunto novo para o responsável, como se alega.

1188. Ante o exposto, conclui-se, em relação às audiências determinadas no item 11-b do Despacho de 14/3/2018, por **rejeitar as razões de justificativa** de todos os responsáveis, aplicando-lhes a multa do art. 58 da Lei 8.443/1992.

1189. Em relação à citação determinada no item 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, tendo ela os mesmos fundamentos das audiências, propõe-se **rejeitar as alegações de defesa, julgando irregulares suas contas**, ante as falhas na análise da operação, porém **deixando de imputar-lhes débito**, em função das conclusões alcançadas no item 6.4. da instrução, no sentido da confirmação de existência de dano, cujo valor não pode ser calculado, por falta de informações mínimas.

7.4.5.2. Membros da Diretoria da BNDESPAR no período de acompanhamento da operação de aporte na Bertin S.A. – item 11-d do Despacho de 14/3/2018 (peça 207 do TC 034.935/2015-0): Luciano Galvão Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, Jorge Kalache Filho, Luiz Fernando Linck Dorneles, e Armando Mariante Carvalho Junior.

1190. No item 7.2.6.4. foram examinadas as alegações dos membros da denominada equipe técnica de acompanhamento, para as irregularidades apontadas no item 11-c do Despacho de 14/3/2018. Foram acolhidas as razões de justificativa de alguns responsáveis, por não lhes caber a definição das atividades de acompanhamento a serem executadas, e rejeitadas as justificativas dos demais membros da equipe.

1191. Aqui, trata-se da imputação de irregularidade aos diretores da BNDESPAR, por não terem acompanhado a utilização e aplicação do elevado montante de recursos entregues à Bertin S.A. e não haverem exigido, da equipe técnica de acompanhamento da operação, informações sobre a situação financeira da Bertin S.A., concorrendo para que a situação de endividamento da empresa se agravasse.

1192. Como registrado no parágrafo 1089, o Diretor Eduardo Rath Fingerl, que ocupava a Diretoria 4, responsável pela AMC, foi arrolado na equipe de acompanhamento, seguindo indicação feita pelo BNDES. Lá se concluiu que tal diretor, assim como alguns integrantes da equipe, tinha a atribuição de planejar e executar o acompanhamento, determinando aos técnicos sem função de supervisão ou gerência quais atividades deveriam ser executadas e com que periodicidade, bem como acompanhando a execução dessa tarefa e a qualidade do produto.

1193. Já foi dito nessa instrução que ao Administrador cabe o dever de diligência, que se compõe, entre outros, do ‘dever de vigiar’, o qual está relacionado a um monitoramento sistemático dos negócios da companhia, com o intuito de monitorar seu andamento e verificar a execução das diretrizes estabelecidas e das decisões tomadas. O que se deve verificar, por outro lado, é a que nível deve se dar esse monitoramento e qual a participação de cada membro da diretoria.

1194. No caso do diretor responsável pela área de negócio, haverá uma maior exigência, pois a ele cabe não só utilizar as informações produzidas para o monitoramento, como garantir que elas sejam produzidas e divulgadas adequadamente. Já aos demais diretores caberia apenas a primeira parte. Com efeito, não seria exigível aos demais diretores, que não o da Área de Mercado de Capitais, cobrar do Superintendente daquela área a produção de tal ou qual relatório. Por outro lado, o que eles poderiam e deveriam fazer, seria cobrar do Diretor da AMC e do Presidente da entidade informações sobre as operações, as quais poderiam ser fornecidas, para o fim específico de acompanhamento, na forma de apresentações ou relatórios gerenciais. Em outras palavras, não parece que seria exigível dos diretores de outras áreas que verificassem se estavam sendo produzidos os relatórios de acompanhamento tal como requerido pelas normas. Isso cabia ao diretor da AMC e, em segundo nível, ao Presidente do BNDES e da BNDESPAR.

1195. Conforme exame apresentado no item 4.2. desta instrução, a equipe técnica responsável pelo acompanhamento da operação registrou parcialmente a situação do endividamento da empresa, falhando também em relação à aplicação dos valores aportados, ao seu reflexo no endividamento no momento e no futuro e à não indicação da necessidade de revisão do Plano de Negócios, que já se mostrava inviável. Não se vislumbra responsabilidade dos demais diretores por tais falhas.

1196. Há que se considerar que as falhas apontadas ocorreram em período de cerca de oito meses, quando foram aprovadas as liberações dos recursos. Embora fosse visível para a equipe de acompanhamento a degradação da situação financeira da empresa nesse curto período, não se evidenciam *red flags* que saltassem aos olhos do colegiado, a exigir que requisitassem informações que, ordinariamente, não lhes seriam fornecidas. Nesse sentido, cabe acolher as alegações no sentido de que o acompanhamento da operação seria atribuição do Diretor da área de negócios em que ela se inseria, qual seja, a Área de Mercado de Capitais - AMC.

1197. Também há que se considerar, como já mencionado, o pronunciamento exarado no âmbito da SecexEstataisRJ, em dezembro de 2018, que concluiu que, após integralizado o aporte, tais responsáveis agiram com o devido zelo em relação a buscar 'reduzir por completo o prejuízo suportado pela BNDESPAR em razão do presente investimento'. Conforme colocado no parágrafo 693 desta instrução, a análise feita naquele pronunciamento não abarcou as questões que foram objeto das audiências que ora se examinam, mas, por outro lado, evidencia que, uma vez que tomaram conhecimento da situação, os diretores atuaram de forma satisfatória em relação ao assunto.

1198. Nesse sentido, cabe acolher as razões de justificativa dos seguintes responsáveis: Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, Jorge Kalache Filho, Luiz Fernando Linck Dorneles, e Armando Mariante Carvalho Junior. Em relação a Jorge Kalache Filho, pesa também a seu favor o fato de que não era membro efetivo da Diretoria, tendo atuado em algumas decisões relativas à operação aqui tratada como substituto, não lhe cabendo a vigilância das operações da companhia. Também reforça o acolhimento das razões de justificativa de Luiz Fernando Linck Dorneles o fato de que assumiu seu cargo como diretor em outubro de 2008.

1199. Eduardo Rath Fingerl respondeu, também, como membro da Equipe Técnica de Acompanhamento, arrolado no item 11-c do Despacho de 14/3/2018, tendo sido suas razões de justificativa rejeitadas. Rejeitam-se aqui, igualmente, suas razões de justificativa como membro do colegiado, porém o fato de haver constado de dois itens de audiência não deve significar uma dupla condenação.

1200. As razões de justificativa de Luciano Galvão Coutinho também devem ser rejeitadas. Nos termos do Estatuto do BNDES, cabia ao Presidente:

Art. 17. Compete ao Presidente:

(...)

III - **administrar e dirigir os bens, serviços e negócios do BNDES** e decidir, por proposta dos responsáveis pelas respectivas áreas de coordenação, sobre operações de responsabilidade de um só cliente situadas no respectivo nível de alçada decisória estabelecido pelo Conselho de Administração;

(...)

V - **superintender e coordenar o trabalho das unidades do BNDES**, podendo delegar competência executiva e decisória e distribuir, entre os Diretores, a coordenação dos serviços do BNDES;

1201. Já o Estatuto da BNDESPAR previa:

Art. 19. Compete ao Diretor-Presidente a direção, supervisão e coordenação dos trabalhos da Diretoria (...)

1202. Cabe ressaltar que, embora as decisões finais e a formalização do negócio fossem feitas pela BNDESPAR, a AMC, responsável pelo acompanhamento da operação, era uma unidade fundamental do BNDES.

1203. Conforme conclusões anteriores, Luciano Coutinho permitiu que se procedesse à negociação da operação com a Bertin S.A., bem como sua aprovação, sem demonstração dos benefícios para a sociedade e sem adequada avaliação dos riscos e, posteriormente, descuidou-se em exigir o seu adequado acompanhamento, falhando no dever de diligência. Ao agir dessa forma, novamente, Luciano Galvão Coutinho e Eduardo Rath Fingerl omitiram-se na proteção de interesses do país, que são, ao fim, os interesses do próprio BNDES. Ao mesmo tempo, privilegiaram os interesses da Bertin S.A. Isso demonstra que faltaram também com o dever de lealdade.

1204. Não se trata, aqui, de decisão negocial, mas de ato omissivo, em que se deixou de exercer atribuição, descuidando-se dos deveres fiduciários. Não há que se falar, assim, da aplicação da BJR para afastar a responsabilidade dos dois responsáveis. O descuido com a correta aplicação dos recursos aportados, nas finalidades previstas quando da aprovação da operação, bem como a ausência de adequado acompanhamento da situação financeira da empresa, com a adoção das medidas cabíveis para não aumentar ainda mais o risco a que se expunha o BNDES, evidenciam erro grosseiro, inaceitável para administrador com grau mediano de zelo e diligência.

1205. Por fim, não se evidenciam circunstâncias que pudessem ter impedido que Luciano Galvão Coutinho e Eduardo Rath Fingerl agissem de forma correta, exigindo da equipe da AMC informações completas e propostas de soluções tempestivas para os problemas identificados.

7.4.5.3. Participantes da Decisão de Diretoria 136/2009-BNDESPAR, de 22/12/2009, que aprovou a operação de apoio à incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., com base no Relatório de Análise Conjunto AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009 – item 11-h do Despacho de 14/8/2018: Luciano Galvão Coutinho, Armando Mariante Carvalho Junior, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira e Luiz Fernando Linck Dorneles.

1206. As audiências dirigidas aos membros da Diretoria neste ponto versam sobre a aprovação da operação, com base em Relatório de Análise que dispensava o exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S.A. pelo BNDES e tomava por base *valuation* superestimado da Bertin. As mesmas falhas foram objeto de audiência dos signatários do RAn. Os responsáveis estão identificados em Excerto da Ata da referida reunião (peça 12, p. 13, do TC 034.935/2015-0).

1207. Conforme exame apresentado no item 7.2.6.6., baseado nas conclusões apresentadas no item 5.5. desta instrução, concluiu-se por **acolher parcialmente as razões de justificativa, deixando-se de aplicar multa aos** signatários do Relatório, tendo em vista as circunstâncias observadas. Relembrando, o entendimento é de que havia razões para o não exercício do direito da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas e que, embora tenha constado das audiências, a não aplicação da faculdade prevista em tal cláusula foi apontada na instrução mais como uma evidência de que a BNDESPAR estaria se beneficiando com a incorporação do que como irregularidade. Quanto à avaliação econômica da Bertin, admitiu-se que, dadas as circunstâncias da operação, não seria exigível maior aprofundamento a respeito de tal avaliação.

1208. Seguindo a lógica dessa conclusão, impõe-se, igualmente, o acolhimento parcial das razões de justificativa dos Diretores, deixando-se de aplicar-lhes penalidade.

7.5. Alegações atinentes aos membros do Conselho de Administração

7.5.1. Informações levadas ao CA eram positivas e afastavam suspeitas

1209. Luiz Eduardo Melin afirma que participou de três reuniões do Conselho de Administração nas quais foram mencionadas operações com a JBS e/ou com a Bertin: ROC-03/2008 (14/08/2008), ROC-04/2008 (14/11/2008) e ROC-01/2010 (12/2/2010). Em todas essas reuniões, alega, o contexto era de ‘otimismo e autocongratulação’, por causa do desempenho da economia brasileira, de modo geral, e pelo papel desempenhado pelo BNDES no incentivo ao crescimento da economia e bloqueio dos efeitos internos da crise mundial. (Peça 1317, p. 6-8)

1210. Aduz que a atuação do BNDES na promoção do crescimento da economia era elogiada por vários conselheiros e que ‘o aumento de investimentos ou a aprovação e desembolso de determinada operação era uma boa notícia. Uma notícia para ser festejada, não tomada com preocupação’. Mesmo quando a informação não era boa, a apresentação dela ao Conselho de Administração era ‘a mais neutra possível, normalmente envolvida em várias outras informações e números que lhe retiravam qualquer destaque’.

1211. Acrescenta, ainda, que ‘não só JBS e Bertin ficam **perdidas em uma enumeração longa de empresas e números e na descrição da carteira do BNDES**. Toda essa ‘sopa de números’ ainda fica **embolada em mensagens de otimismo** (...)’ (destaques do original).

7.5.2. Os membros dos CA atuaram adequadamente dentro de suas competências

1212. Os membros dos Conselhos de Administração ouvidos alegam não haver qualquer correlação entre sua atuação e o resultado (supostas irregularidades e dano), não havendo conduta, comissiva ou omissiva, que lhes possa ser imputada e que possua nexo de causalidade com o resultado que se aponta como irregular.

1213. Alega-se que, nos termos do Estatuto Social da BNDESPAR, aprovado pela Decisão Dir nº 149/2002-BNDES – vigente à época –, as atribuições do Conselho de Administração (CA) eram voltadas à fiscalização das políticas públicas estabelecidas pelo Governo Federal, não cabendo, portanto, exigir a fiscalização das atividades operacionais.

1214. Acrescenta-se que, tendo em vista o exposto no artigo 142, VI, da Lei das S.A., as operações da BNDESPAR – independentemente do valor – não eram submetidas à aprovação do CA por regra estatutária. Dessa forma, o poder fiscalizatório dos Conselhos de Administração do Sistema BNDES não admite comparação abstrata com aquele previsto de forma genérica na Lei das S.A., uma vez que apresentava caráter mais restrito.

1215. Apresenta-se voto do ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários Luiz Antônio de Sampaio Campos no Inquérito Administrativo CVM n.º RJ2002/1173:

Assim, é de capital importância que os dispositivos referentes a deveres e responsabilidades dos administradores não sejam aplicados mecanicamente, sem prévia interpretação, à luz das estruturas, modalidades e atividades dos órgãos da administração e, mais ainda, do mundo real, para se evitar os excessos utópicos, de que falava a exposição de motivos do anteprojeto da Lei n. 6.404/1976. É fundamental que, no momento de se aplicar estes dispositivos, se mergulhe, profundamente, nas estruturas destes órgãos sociais, conselho de administração e diretoria, sem ignorar as suas especificidades, desde o modo de atuação, notadamente quanto à forma de deliberação. (sic)

1216. Os defendentes destacam o alinhamento das operações com as políticas governamentais e que, no juízo preliminar sobre a responsabilidade dos membros da BNDESPAR realizado quando da prolação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, o Colegiado desta Corte de Contas não incluiu os membros do CA no rol de responsáveis, não imputando qualquer débito. Foi determinada, apenas, reanálise por parte da unidade técnica, a qual concluiu no sentido da ausência de responsabilidade dos membros do Conselho, ante a ausência de omissão em relação à operação.

1217. Alegam que a própria instrução da SecexEstatais admite que, se considerados os normativos internos do BNDES, ‘nenhuma culpabilidade poderia ser atribuída aos membros dos Conselhos’ (conforme item 285 do Relatório, transcrito do TC 034.935/2015-0).

1218. As defesas destacam o que consideram especificidades dos CAs BNDES/BNDESPAR em relação a sua composição (peça 1302, p. 35):

112. (...) Segundo a Lei das S.A., em seu art. 140, o Conselho de Administração é composto por membros eleitos pela Assembleia Geral. Não se pode dizer o mesmo dos CAs BNDES/BNDESPAR quando das operações de Bertin.

113. O CA BNDES era composto por 11 (onze) membros, entre eles o Presidente do BNDES, nomeados por meio de Decreto Presidencial, sendo que 4 (quatro) deles eram indicados pelos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; do Trabalho e Emprego; da Fazenda; e das Relações Exteriores; e os demais pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

114. As indicações eram realizadas pelo Presidente da República uma vez que (i) seu acionista único era a União Federal e (ii) suas atribuições correspondiam à própria definição literal do CA BNDES como órgão de orientação superior, prevista no art. 11 do Decreto n. 4.418/2002.

115. No que diz respeito ao CA BNDESPAR, este era composto por 5 (cinco) membros, sendo presidido pelo Presidente do BNDES. Os demais membros eram indicados pelo próprio BNDES, mediante indicação, para uma das vagas, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e para as outras três, do Ministério de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, todos após aprovação do Presidente da República.

116. Ou seja, todos os membros dos CAs BNDES/BNDESPAR eram, mediata ou imediatamente, indicados pelo Presidente da República, Chefe do Estado e de Governo do acionista único do BNDES, e por isso, responsável pela elaboração das políticas públicas.

1219. Argumentam que o próprio Relatório de Instrução, em seu item 284, cita jurisprudência majoritária desse E. Tribunal afirmando que ‘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 eles aprovados’.

1220. Afirmam que a frase apontada na instrução como sendo uma interpretação dissonante dos Acórdãos citados - ‘há situações, contudo, nas quais os conselheiros podem ser responsabilizados por sua omissão, mormente quando esta se revela continuada’ – reforçaria, na verdade, a jurisprudência majoritária do TCU.

1221. Alega-se que o valor da operação, seu viés internacionalizante quanto à companhia investida e sua inserção em um histórico de operações prévias com a mesma empresa não deveriam fazer diferença na análise da omissão e culpabilidade dos membros destes Colegiados quando

analisados no contexto em que as operações ocorreram. Tais características da época não teriam sido suficientes para que o Tribunal de Contas constataste evidências de irregularidades ou favorecimentos nas operações de apoio financeiro à JBS realizadas até 2009, incluindo a subscrição de valores mobiliários pela BNDESPAR, no âmbito do TC 013.940/2009-6, que tinha objeto semelhante ao presente processo.

1222. As defesas alegam que, ainda que fosse constatada qualquer ilegalidade no laudo de avaliação, não seria possível alterá-lo, vez que havia sido aprovado pelos acionistas minoritários da JBS, sem o voto da BNDESPAR. Não haveria efeitos práticos na atuação dos Conselhos diante de eventual irregularidade. Acrescentam que a suposta omissão dos Conselheiros não foi imperiosa para que a operação ocorresse, pois eles sequer detinham instrumentos para impedir sua realização. Isto posto, não haveria nexo causal entre a atuação do Conselho de Administração e supostos danos trazidos pelo Relatório de Instrução. (Peça 1302, p. 59)

1223. Afirmam que, nas reuniões indicadas para justificar a audiência (ROC 1/2010 - BNDES, ROC 4/2009 e 2/2010 - BNDESPAR), houve apenas informação ao Conselho sobre operações relevantes, sem exigir qualquer aprovação por parte dele. Também não foram submetidos quaisquer documentos para sua avaliação ou outro elemento a ensejar dúvidas sobre a licitude das operações.

1224. Aduz-se que a operação de incorporação entre JBS e Bertin sequer foi mencionada em qualquer reunião do Conselho de Administração. Na primeira reunião de 2010 (ROC-01/2010), a operação teria sido apresentada como um desinvestimento na Bertin e um investimento na JBS. 'Nada foi dito sobre a fusão. Nada foi dito sobre como a fusão foi feita. Nenhuma preocupação, ressalva ou mesmo informação específica foi levantada'. Acerca das notícias da época, afirma-se (peça 1317, p. 17-18):

Aliás, as manchetes de jornal incluídas na Tabela 31 da peça 202 (p. 78) indicam - e se inserem em - exatamente esse **clima de otimismo econômico**. 'JBS compra a Pilgrim's Pride, se une ao Bertin e **vira a n.º 1 em carnes**', diz a primeira manchete. '**Acionistas aprovam** incorporação da Bertin e JBS Couros', diz outra. '**Terra de Gigantes** - BNDES ajuda na criação de grandes grupos'. Quem lê essas manchetes, mesmo hoje, supõe que tudo caminhava como planejado e que as empresas brasileiras cresciam. (destaques do original)

1225. As defesas fazem alusão ao Acórdão 1927/2014-TCU-Plenário, relativo à compra de 50% da refinaria de Pasadena pela Petrobras, alegando que se tratava de uma operação que gerou muito mais prejuízo que a do BNDES envolvendo a aquisição da Bertin pela JBS, e que talvez tenha gerado bem mais rumor no mercado, mas o TCU excluiu os membros do conselho de administração da responsabilização e posterior tomada de contas especial que se seguiu.

1226. Por fim, remete-se ao já mencionado pronunciamento exarado no âmbito da SecexEstataisRJ, em dezembro de 2018, no qual a unidade técnica não vislumbrou responsabilidade pelos danos apurados nos presentes autos dos membros do Conselho de Administração do BNDES/BNDESPAR, assim como dos membros do Conselho Fiscal e do Comitê de Auditoria do BNDES/BNDESPAR, dos membros da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. em 2008, e da diretoria em exercício durante o referido ano. Afirmam-se que a SecexEstataisRJ reconheceu que não houve 'omissão continuada', na medida em que 'não há evidências de que os referidos conselhos deixaram de reiteradamente adotar determinada atitude, por terem de alguma forma tido notícia de qualquer irregularidade ou ilegalidade naquela operação'. Assim, não poderiam seus membros ser chamados a responder por qualquer irregularidade formal no que diz respeito a todo o processo de aporte de capital na Bertin.

1227. Apresentam-se, a seguir, as alegações agrupadas pelos integrantes do conselho de cada empresa.

CA da BNDESPAR

1228. Os responsáveis alegam que não havia motivo para supor que os detalhes das operações, que não eram apresentados, deveriam ser objeto de escrutínio. Aduzem que mesmo o TCU teve de instruir dois processos distintos (uma auditoria de conformidade e esta TCE) para encontrar todos os detalhes aparentemente irregulares que apontou.

1229. Afirma-se que, nos termos do Estatuto da BNDESPAR, somente competia ao Conselho de Administração manifestar-se, quando provocado pela Diretoria, para fixar orientações gerais aos negócios da empresa. E deveria acompanhar os planos de negócios e estratégias a longo prazo. Assevera que, salvo o dever de analisar os vetos da Presidência às deliberações da Diretoria, não há previsão estatutária para análise dos pormenores das decisões de gestão tomadas, não há um dever de fiscalização sobre as decisões tomadas pela Diretoria.

1230. Menciona-se que o Estatuto Social da BNDESPAR (companhia interessada na operação de incorporação da Bertin pela JBS) à época era imperativo ao determinar que cabia somente à Diretoria deliberar sobre as operações de apoios financeiros. Além disso, cabia também à Diretoria elaborar o Relatório Anual de Desempenho da BNDESPAR, as demonstrações financeiras do exercício e as propostas de destinação dos resultados para posterior apreciação dos Conselhos de Administração do BNDES e da BNDESPAR, de forma que o material apresentado e as informações ali contidas eram de escolha da Diretoria, que selecionava os assuntos considerados relevantes para apreciação dos Conselhos.

1231. Sobre o poder de fiscalização do CA da BNDESPAR, salienta-se que este não possuía, na prática, a atribuição de eleger e destituir os seus Diretores. O Presidente da República indicava os Diretores do BNDES, que, por sua vez, eram os mesmos Diretores da BNDESPAR por força estatutária - sem qualquer poder de ingerência do Conselho de Administração da BNDESPAR, que os elegia apenas formalmente. Isso restringiria o poder fiscalizatório comum aos Conselhos de Administração, não havendo propriamente uma prerrogativa de sanção pelos Conselheiros para aqueles que participavam da gestão diária das operações do BNDES.

1232. Afirma-se que a operação não foi aprovada pelo Conselho de Administração da BNDESPAR e que a jurisprudência predominante do TCU é no sentido de apenas responsabilizar os conselheiros de administração de empresas públicas quando efetivamente tenham participado dos atos e em situações excepcionais.

1233. Acrescentam que existe uma reunião ordinária do Conselho de Administração a cada nove reuniões da Diretoria (que se reúne uma vez por semana, e não uma vez a cada dois meses), o que ressalta que a competência desse Conselho não é a de avaliar atos específicos nem de fiscalizar os atos da Diretoria, mas a de fixar orientação geral dos negócios. A atribuição genérica de fiscalizar a gestão dos diretores, por força do art. 142 da Lei 6.404/76, é a de avaliar em linhas gerais a atuação gerencial dos diretores que esse Conselho escolheu e nomeou, o que se realiza mediante a análise, prevista no Estatuto, dos Relatórios Anuais, não em projetos específicos.

CA do BNDES

7.5.3. Ausência de identidade dos CA do BNDES e BNDESPAR

1234. Os responsáveis aduzem que não foi feita qualquer diferenciação quanto à responsabilidade entre os membros do Conselho de Administração do BNDES e os membros do Conselho de Administração da BNDESPAR, como se possuíssem as mesmas atribuições legais e estatutárias. Porém, o BNDES e a BNDESPAR são companhias diversas, com personalidades jurídicas próprias, patrimônios e órgãos de governança distintos. Assim, o Conselho de Administração do BNDES não corresponde ao Conselho de Administração da BNDESPAR.

1235. Segundo os responsáveis, a criação de dois Conselhos (BNDES e BNDESPAR) de

competências distintas foi planejada e nem mesmo a Lei das S.A. criou a obrigatoriedade de se constituir, no caso da BNDESPAR, sociedade anônima de capital fechado, Conselho de Administração. A separação dos Conselhos de Administração atende às principais recomendações internacionais de governança corporativa e é fundamental em razão da natureza e objetivos distintos do BNDES e da BNDESPAR. A única responsabilidade do CA do BNDES quanto à BNDESPAR, segundo seu estatuto, era opinar sobre a proposta de criação, extinção, associação, fusão ou incorporação de empresas subsidiárias. Acrescentam que os conselhos possuem Regimentos Internos próprios, disciplinando e delimitando suas respectivas competências.

1236. Afirma-se que não há qualquer atribuição do Conselho de Administração do BNDES em relação à operação analisada e implementada no âmbito da BNDESPAR. A operação não foi submetida à análise do referido Conselho, o qual tampouco teria responsabilidade de fiscalizar os atos a ela atinentes.

1237. Afirmam que, juridicamente, o fato de a BNDESPAR ser uma subsidiária do BNDES não implica em poder de tutela e ingerência de um Conselho sobre o outro, tampouco que o Conselho do BNDES analise ou deva analisar as operações efetivadas e implementadas pelo CA da BNDESPAR. Aludem ao art. 14 da Lei 13.303/2016, sobretudo em seu inciso II, o qual registra a determinação legal de que o acionista controlador deve preservar a independência do Conselho de Administração da controlada, no exercício de suas funções, cabendo a esta exercer suas próprias atividades, sempre com autonomia de análise das operações, fiscalização e poder de decisão.

1238. Ressaltam que a influência e a fiscalização da controladora sobre a empresa controlada não se dão pela atuação dos órgãos da primeira na segunda; mas pela garantia legal de que a primeira indique integrantes dos órgãos da segunda - os quais terão, então, autonomia para agir. Isso significa, em suma, que o BNDES orienta e fiscaliza a BNDESPAR não por atuação dos Conselhos de Administração e Fiscal do próprio BNDES, mas pela nomeação de pessoas que integrarão os Conselhos próprios da BNDESPAR (com limites para a escolha).

1239. Acrescenta-se que o art. 245 da Lei das S.A. descreve quais são as possibilidades de responsabilização dos administradores de sociedades que compõem o mesmo grupo econômico por atos do grupo econômico, restringindo tais possibilidades a casos em que uma sociedade do grupo favorece outra sociedade do mesmo grupo em detrimento dos acionistas.

1240. Afirma-se que as disposições da Lei das S.A. não se aplicam ao BNDES – Empresa Pública –, mas, mesmo que se aplicassem, as atribuições do Conselho de Administração insculpidas no art. 142 dessa lei seriam cabíveis quanto à fiscalização sobre os atos dos administradores do BNDES (e não da BNDESPAR), mormente, a prevista no inciso III, qual seja, a de ‘fiscalizar a gestão dos diretores, (...) solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos’. Apresenta-se comparação com empresas que possuem dezenas de subsidiárias, para demonstrar que tal possibilidade feriria até o princípio da razoabilidade.

1241. Muito menos caberia uma eventual verificação de um laudo de avaliação de uma operação específica, que atendia aos normativos aplicáveis e política governamental em vigor. Além de não constar das atribuições dos Conselheiros a aprovação de operações, não haveria que se falar em incluir nesse rol, ou sequer em seu dever de vigilância, a verificação de laudo de avaliação produzido por empresa independente especializada para a realização de uma incorporação, aprovado pelos acionistas das sociedades envolvidas, nos termos da Lei das S.A. Ressalta-se, ainda, que a BNDESPAR encontrava-se, por determinação legal, impedida de se manifestar sobre tal laudo, para evitar qualquer alegação de conflito de interesses.

7.5.4. Alegações individuais

1242. Paulo Bernardo Silva assevera que a única menção à JBS S.A. nas Atas de Reunião do Conselho de Administração do BNDES, quando ele era membro do mesmo, ocorreu após a

operação societária. Trata-se da ROC 1/2010-BNDES, realizada em 12/2/2010, na qual se noticiou acerca dos investimentos da instituição financeira. Não se refere, portanto, à operação societária ora em debate, mas sim de relatos genéricos sobre os resultados alcançados pelo BNDES.

1243. Alessandro Golombiewski Teixeira aduz que apenas foi nomeado como Conselheiro do Conselho Administrativo da BNDESPAR no dia 27/12/2011. Ou seja, em momento muito posterior a incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., ocorrida em 22/12/2009 (Decisão Dir. 136/2009-BNDESPAR).

1244. Carlos Roberto Lupi ressalta que participou apenas da ROC 1/2010 (peça 1005, p. 7).

1245. A defesa de João Paulo dos Reis Velloso, em nome de seus sucessores, registra que o responsável faleceu em 19/2/2019, solicitando a exclusão de seu nome do rol de imputados no processo, como foi proposto pela equipe técnica desta Corte no âmbito do processo TC 036.606/2018-9 (peça 920, p. 6).

7.5.5. Análise das alegações

7.5.5.1. Membros dos Conselhos de Administração do BNDES e da BNDESPAR nos exercícios de 2009 e 2010 e seus suplentes, participantes da ROC 1/2010 - BNDES, ROC 4/2009 e 2/2010 - BNDESPAR, em razão da omissão em sua competência fiscalizadora na operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., ocorrida mediante apoio financeiro da BNDESPAR, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A., de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda. – item 11-i do Despacho de 14/8/2018: Miguel João Jorge Filho, Luciano Galvão Coutinho, Alessandro Golombiewski Teixeira, Carlos Roberto Lupi, Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva, Paulo Bernardo Silva, Pedro Luiz Carneiro de Mendonça, Clara Levin Ant, Ivan João Guimarães Ramalho, João Paulo dos Reis Velloso, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Eduardo Rath Fingerl, e Roberto Teixeira da Costa.

1246. Além dos membros dos Conselhos de Administração (CA), foram arrolados os membros do Conselho Fiscal do BNDES e da BNDESPAR, cujas alegações serão examinadas adiante. Todos foram ouvidos em **AUDIÊNCIA** por deixarem de exercer sua competência fiscalizadora na operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., ocorrida mediante apoio financeiro da BNDESPAR.

1247. Os elementos objetivos das razões de justificativa relativas à análise da operação já foram examinados, tendo sido concluído, no item 5.5. desta instrução, por **acolher parcialmente as razões de justificativa, deixando-se de aplicar multa aos responsáveis**, tendo em vista as circunstâncias observadas. Nesse sentido já se concluiu em relação aos signatários do Relatório de Análise e, também, aos Diretores.

1248. Em relação aos membros do CA, alegam os justificantes que o Diretor da unidade técnica do Tribunal, em pronunciamento lavrado em 12/12/2018, concluiu por isentar de responsabilidade sobre a operação os membros dos conselhos de administração e fiscal, bem como do comitê de auditoria do BNDES/BNDESPAR (peça 671).

1249. Na verdade, conforme resumido no parágrafo 26, o Diretor se pronunciou sobre a responsabilidade do CA em relação à operação de aporte inicial na Bertin, concluindo por isentar seus membros pelo fato de a operação não ter sido submetida a sua aprovação e de não ter sido configurada omissão contumaz. Foi afastada, também, a responsabilidade pelo suposto dano. Não houve, no entanto, pronunciamento conclusivo sobre as irregularidades objeto da audiência que aqui se examina, relativas à incorporação da Bertin pela JBS com base em *valuation* superdimensionado.

1250. De todo modo, considerando as conclusões alcançadas em relação à Diretoria e o

fato de que a operação de apoio à incorporação também não foi submetida ao CA, é possível propor o **acolhimento das razões de justificativa dos membros do Conselho de Administração**, especificamente para o objeto da audiência realizada nos presentes autos. Importante destacar que o encaminhamento aqui proposto não se confunde nem interfere nas conclusões a respeito da audiência realizada no TC 036.606/2018-9, que cuida da aprovação da mesma operação, porém, de forma mais ampla, considerando o conjunto das falhas observadas na análise e aprovação da operação, que tratava, também, como já registrado, da aquisição do controle da Pilgrim's, nos EUA.

1251. Apesar dessa conclusão, apresenta-se a seguir o exame de algumas alegações. Em primeiro lugar, deve-se destacar que se propõe o acolhimento das razões de justificativa ante a desconstituição parcial da própria irregularidade. Isso não significa, no entanto, que haja concordância com todos os argumentos dos responsáveis. Não merecem acolhida, especialmente, alegações no sentido de que haveria incompetência do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal para fiscalizar as operações da empresa e de que suas atribuições seriam restritas aos relatórios anuais e demonstrativos contábeis.

1252. Essas questões são tratadas em mais detalhes na instrução lavrada no TC 036.606/2018-4, sendo dispensável seu aprofundamento neste processo, mas é necessário deixar assente que o acolhimento das razões de justificativa não representa concordância com tais teses. O cumprimento do dever de diligência deve ser examinado caso a caso, inclusive em situações relativas a atos que não foram submetidos à apreciação dos colegiados.

1253. Em relação às alegações de Alessandro Golombiewski Teixeira, registre-se que o responsável foi chamado em audiência por sua participação como membro do CA do BNDES em 2008, não tendo importância o fato de ter tomado posse no CA da BNDESPAR apenas em 2011. Ainda que se reconheça que se trata de empresas distintas, o fato é que, na prática, a BNDESPAR era um braço do BNDES no mercado de capitais. Era o BNDES que estabelecia as diretrizes estratégicas e as políticas operacionais e que decidia quais operações seriam objeto de análise, após o Enquadramento pelo Comitê de Enquadramento e Crédito, colegiado desta empresa. A estratégia da subsidiária era parte da estratégia da controladora.

1254. Quando o Estatuto do BNDES atribui ao Conselho de Administração competências relativas ao 'BNDES', está a se referir a todo o BNDES e suas atividades, exercidas 'diretamente ou por intermédio de empresas subsidiárias, agentes financeiros ou outras entidades', como consta do art. 8º do documento.

1255. Observe-se que, nos termos do art. 22-B do Estatuto, o Comitê de Auditoria 'reportar-se-á ao Conselho de Administração e será único para o BNDES, a Agência Especial de Financiamento Industrial - FINAME e a BNDES Participações S.A. - BNDESPAR, que constituem o Sistema BNDES'. Se o CA do BNDES não tivesse poderes de supervisão sobre as demais empresas do sistema, isso não poderia ser dessa forma.

1256. Observem-se as seguintes atribuições estabelecidas no Estatuto:

Art. 12. Compete ao Conselho de Administração:

(...)

II - aconselhar o Presidente do BNDES sobre as linhas gerais orientadoras da ação do Banco e promover, perante as principais instituições do setor econômico e social, a divulgação dos objetivos, programas e resultados da atuação do Banco;

III - examinar e aprovar, por proposta do Presidente do BNDES, políticas gerais e programas de atuação a longo prazo, em harmonia com a política econômico-financeira do Governo Federal;

(...)

VI - apreciar os relatórios anuais de auditoria e as informações sobre os resultados da ação do BNDES, bem como sobre os principais projetos por este apoiados;

1257. É evidente que ‘as linhas gerais orientadoras da ação do Banco’ incluem as ações da BNDESPAR, da mesma forma que ‘as informações sobre os resultados da ação do BNDES, bem como sobre os principais projetos por este apoiados’, que o CA deve apreciar.

1258. Não haveria como o CA do BNDES exercer seu papel ignorando todas as ações no mercado de capitais, conduzidas pela BNDESPAR. Decerto, esse acompanhamento deveria se dar em nível mais estratégico, em relação ao acompanhamento feito pelo CA da BNDESPAR, mas haveria de existir.

1259. Assim, a despeito do encaminhamento aqui proposto, é importante reafirmar a obrigação do Conselho de Administração do BNDES de acompanhar e fiscalizar, nos limites de suas atribuições e sem prejuízo das atribuições do CA da BNDESPAR, a gestão de todo o sistema BNDES, refutando as alegações em sentido contrário.

1260. Miguel João Jorge Filho não apresentou razões de justificativa. Notificado por meio do Ofício 123/2018, encaminhou manifestação, em 1/10/2018, apontando que o Tribunal infringiria o devido processo legal ao prolatar o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário antes de esgotado o prazo para resposta à audiência. (Peças 286, 451 e 755 do TC 034.935/2015-0)

1261. A alegação acima mencionada, comum a outros responsáveis, foi analisada no parágrafo 106 desta instrução, em que se concluiu pela ausência de irregularidade no procedimento adotado pelo Tribunal.

1262. Na mesma manifestação, Miguel João Jorge Filho registrou a intenção de apresentar ‘endereço específico após o conhecimento integral dos termos da deliberação plenária de 12 de setembro de 2018’ (Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário).

1263. Em 20/10/2020, o responsável apresentou petição (peça 870) questionando a realização da oitiva determinada pelo Ministro Relator em 23/9/2020, pelo fato de o Relator não haver se posicionado sobre a instrução de dezembro de 2018 da unidade técnica, que teria afastado a responsabilidade dos membros do CA. Na mesma peça, requereu que fosse suspensa a necessidade de manifestação até que houvesse deliberação a respeito de sua responsabilidade enquanto membro do Conselho de Administração da instituição e que, caso indeferido o pedido, lhe fosse oportunizada a apresentação da manifestação no mesmo prazo deferido no Ofício 0315/2020-TCU/SecexEstataisRJ, qual seja, trinta dias, contados da ciência do indeferimento. Antes que tal petição fosse apreciada, em 9/11/2020, o responsável apresentou resposta à oitiva (peça 1002).

1264. Como se observa, Miguel João Jorge Filho, deliberadamente, deixou de apresentar resposta à audiência que lhe foi dirigida. A conversão da representação, em que foi realizada a audiência, em TCE não anulou as audiências. O Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, em seu item 9.6.6, foi explícito em transferir a análise das audiências para o processo resultante da conversão. Assim, restou **caracterizada a revelia do responsável**. De todo modo, sua manifestação, em resposta à oitiva, está sendo considerada na presente instrução, assim como as respostas dos demais responsáveis.

1265. Por fim, propõe-se a exclusão de João Paulo dos Reis Velloso do rol de responsáveis do processo, em virtude de seu falecimento em 19/2/2019.

7.6. Alegações atinentes aos membros do Conselho Fiscal

7.6.1.1. Incompetência do Conselho Fiscal do BNDES para avaliação de operações realizadas pela BNDESPAR

1266. As defesas alegam que, segundo o art. 22 do Estatuto Social do BNDES vigente à época, cabia ao Conselho Fiscal do BNDES ‘examinar e emitir parecer sobre os balanços patrimoniais e demais demonstrações financeiras, bem como sobre as prestações de contas semestrais da Diretoria do BNDES, e exercer outras atribuições previstas na Lei das Sociedades por Ações’. O Estatuto não autorizaria explicitamente qualquer interferência do Conselho Fiscal do BNDES sobre as atividades da equipe técnica ou da Diretoria da BNDESPAR, subsidiária do BNDES.

1267. Afirma-se que tampouco seria possível invocar o inciso I do art. 163 da Lei das S.A., que trata da fiscalização dos atos dos administradores, pois esta competência fiscalizadora ordinária do Conselho Fiscal também diz respeito exclusivamente à avaliação de atos praticados pelos administradores da companhia.

1268. Repete-se alegação dos membros do CA, no sentido de que a influência e a fiscalização da controladora sobre a empresa controlada não se dão pela atuação dos órgãos da primeira na segunda, mas pela garantia legal de que a primeira indique integrantes dos órgãos da segunda - os quais terão, então, autonomia para agir. Isso significa, em suma, que o BNDES fiscaliza a BNDESPAR não por atuação do CF BNDES, mas pela nomeação de pessoas que integrarão os Conselhos da BNDESPAR.

7.6.1.2. A atuação dos membros dos Conselhos Fiscais foi adequada

1269. Segundo os responsáveis, os deveres atribuídos pela legislação a membro do Conselho Fiscal de instituição financeira pública estão listados, em especial, na Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), e são comumente reunidos, na doutrina e na jurisprudência, sob a expressão ‘dever de diligência’ ou ‘dever de fiscalizar’. Sua eventual culpa deve ser aferida, também, à luz de toda a divisão interna de competências voltadas para a prevenção de danos às empresas integrantes do Sistema BNDES.

1270. Em termos de opinião prévia do Conselho Fiscal, apenas poderiam ser citados os incisos II e III do art. 163 da Lei das S.A. e do art. 3º do Regimento do CF BNDES, que previam a análise do relatório anual e de algumas propostas da Diretoria, relativas à modificação do capital social, emissão de debêntures, bônus de subscrição, entre outros, sempre relativos à própria companhia. Nenhuma destas atribuições abarcava a análise prévia ou posterior do CF para operações de apoio financeiro.

1271. Alegam que não se observam os pressupostos necessários para a responsabilização dos membros do CF, pois não ficou demonstrado dolo, culpa ou erro grosseiro, não houve omissão ou outro descumprimento de dever jurídico inerente à atuação de membro de Conselho Fiscal, como previsto no art. 165, § 2º, da Lei 6.404/1976 e no art. 9º, § 2º, do Regimento Interno do Conselho Fiscal do BNDES.

1272. Afirma-se que os membros do Conselho Fiscal não tinham o ‘dever de garante’, ou seja, não eram obrigados pelas normas aplicáveis à atuação do Conselho Fiscal (CF) do BNDES a evitar prejuízos - grandes ou pequenos - incorridos pela BNDESPAR em virtude de atos de gestão operacional. Nem estavam obrigados a acompanhar, diariamente, as operações aprovadas pela Diretoria da BNDESPAR, em busca de alguma irregularidade presente nas inúmeras cláusulas contratuais dessas operações.

1273. Não haveria, seja nas atas das reuniões do Conselho Fiscal do BNDES, seja em

qualquer outro documento dos autos, prova ou indício de que os membros do CF tenham tido sequer ciência das supostas irregularidades ocorridas na BNDESPAR. Nem as auditorias interna e independente, nem o Comitê de Auditoria, que apoiam o CF, levantaram quaisquer suspeitas sobre a operação em comento. Assim, teria havido responsabilização pessoal objetiva dos membros do Conselho.

1274. Refuta-se, ainda, que a possibilidade de o Conselho Fiscal solicitar remessa de relatórios ou apuração de fatos específicos prevista em suas atribuições ensejaria a verificação destes apoios específicos, pois o artigo 163, §2º, da Lei das S.A. seria claro ao determinar que os pedidos de esclarecimentos e informações realizados pelos conselheiros fiscais devem ser relativos à sua função fiscalizadora, mencionando doutrina de Nelson Eizirik nesse sentido (peça 1320, p. 33).

1275. Afirma-se, ainda, que não existe qualquer nexo de causalidade entre a suposta conduta omissiva dos membros do CF e a efetivação da operação, ou as supostas irregularidades e dano, eis que eles não estavam juridicamente autorizados a adotar qualquer providência para evitar a aprovação da operação de incorporação pela Diretoria da BNDESPAR ou alterar o laudo de avaliação. Tampouco estariam autorizados a adotar alguma medida capaz de reverter atos operacionais específicos praticados pela equipe técnica ou pela Diretoria da companhia.

1276. Menciona-se doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, no sentido de que ‘a doutrina normativa assentou que a relevância jurídica da omissão tem por fundamento o dever jurídico de impedir o resultado. A responsabilidade do omitente surge, não porque tenha causado o resultado, mas porque não o evitou quando podia e devia agir’. (Peça 1320, p. 57)

1277. Diante da aprovação do laudo pelos acionistas minoritários, os Conselheiros não poderiam ser acusados de terem sido negligentes ou imprudentes, agindo com culpa ou, muito menos, em erro grosseiro, por não terem questionado tal aprovação. Mais ainda se considerar o impedimento legal de a BNDESPAR se manifestar em tais atos societários. E em nenhum momento foi comprovado algum equívoco no laudo que determinasse uma atuação fiscalizatória por parte dos Conselheiros.

1278. São apontados trechos de decisões do TCU, no sentido de que não se pode responsabilizar o Conselho Fiscal genericamente quanto a atos de gestão sobre os quais não foram consultados. Afirma-se que os precedentes invocados pela unidade técnica para ‘justificar’ uma compreensão dissonante sobre o tema demonstram que eles na verdade confirmariam a não responsabilização dos membros do CF. O Acórdão 3.258/2008-TCU-Segunda Câmara, por exemplo, seria relativo a embargos de declaração opostos, conhecidos e acolhidos, exatamente para alteração do entendimento diverso da jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas.

1279. Os responsáveis reconhecem que, em determinadas situações, o conselho irá se debruçar com maior detença e atenção sobre um negócio ou operação da sociedade, desde que existam indícios fortes o suficiente no sentido de que a diretoria da sociedade esteja descumprindo a legislação aplicável ou o próprio estatuto da sociedade (*red flags*).

1280. Ainda, apesar de o CF não ser uma instância revisora dos atos de gestão da alta direção da BNDESPAR, ele estava atento às principais operações então em andamento no setor de proteína animal, inclusive a da incorporação da Bertin pela JBS, apresentando trechos de atas de reuniões do Conselho em que se observam apresentações realizadas e solicitações do CF relacionadas ao setor e a operações com a JBS. (Peças 768, p. 37, e 1329, p. 70)

1281. Por outro lado, as características da operação de investimento em debêntures de 2009 não justificariam uma interpretação mais extensiva das atribuições do Conselho Fiscal e de seu dever de fiscalização, de forma a induzir esse E. Tribunal a entender que tal dever legal não foi cumprido pelos seus membros. O valor da operação, seu viés internacionalizante quanto à

companhia investida e sua inserção em um histórico de operações prévias com a mesma empresa não deveriam fazer diferença na análise da omissão e culpabilidade dos membros desses colegiados quando analisados no contexto em que as operações ocorreram, com a Política Pública e aprovação de contas a que estiveram sujeitos.

1282. Afirma-se que todas essas características eram de conhecimento do Tribunal de Contas quando foi apreciado o TC 013.940/2009-6 (auditoria no financiamento do BNDES às empresas frigoríficas), e, ainda assim, não houve nenhuma recomendação do Tribunal no sentido de que determinadas operações, dependendo do seu porte, deveriam passar pelo crivo do Conselho Fiscal, ou que deveriam receber um tratamento mais acurado. Os supostos vícios nas operações só teriam sido vistos pelo TCU depois das apurações realizadas por outros órgãos, como Corregedoria Geral da União, Ministério Público Federal, Polícia Federal e Receita Federal, que tiveram em seu bojo inclusive delações premiadas e que foram destacadas pelos veículos de comunicação.

1283. Questionam, também, a materialidade apontada pelo Tribunal, apresentando dados do Relatório de Efetividade do BNDES acerca da carteira de renda variável da BNDESPAR. No seu entender, não haveria tal destaque nessa operação.

1284. A defesa de Reginaldo Braga Arcuri alega que o fato de o CF ser composto por membros indicados pelo Governo Federal levaria à conclusão de que ‘o Conselho Fiscal BNDES tem efetivamente uma finalidade de fiscalizador da implementação das políticas públicas desenhadas pelo Governo Federal, ao qual está submetido’. Prossegue afirmando que ‘Assim, a sua fiscalização de legalidade e legitimidade deve considerar que as operações do BNDES estão atendendo aos objetivos definidos nas políticas públicas de governo’.

1285. Em relação ao apontamento do Tribunal de que notícias de jornal despertariam a atenção dos Conselheiros de Administração e Fiscais das companhias para solicitar mais informações, apresentam-se argumentos semelhantes aos já anotados pelos membros do CA, salientando que as notícias destacavam a atuação anticíclica, alinhada a uma política de governo, dentro de seu papel institucional.

1286. Os responsáveis colacionam exemplo do posicionamento da CVM, no sentido de que a condenação de conselheiros fiscais se daria diante de ressalvas explícitas no relatório dos auditores independentes sobre questões contábeis e alertas e pareceres que indiquem possíveis irregularidades. (Peça 1329, p. 73)

1287. Mencionam, também, que as Instruções Normativas TCU 57/2008 e 63/2010, que tratam de Relatórios de Gestão e processos de contas das unidades jurisdicionadas, não incluem os conselheiros fiscais no rol de responsáveis.

1288. Assim como alegado por alguns responsáveis membros do CA, remete-se ao pronunciamento da SecexEstataisRJ, de dezembro de 2018, isentando os membros do CF de responsabilidade pelos danos apurados. Afirma-se que, se não houve, como concluiu a SecexEstataisRJ, ‘omissão continuada’ dos membros do CF, eles tampouco poderiam ser chamados a responder por qualquer irregularidade formal no que diz respeito a todo o processo de aporte de capital na Bertin.

7.6.1.3. Alegações individuais

1289. Carlos Eduardo Esteves Lima afirma que apenas foi nomeado Conselheiro Fiscal do BNDES em 30/6/2010 e apenas foi investido nesse cargo em 9/8/2010, por ocasião da primeira reunião de que participou do referido Conselho (peça 1321, p. 1). Além disso, em nenhuma das reuniões do Conselho Fiscal do BNDES de que participou, as mencionadas operações da BNDESPAR com a BERTIN e posteriormente com a JBS S.A. objeto do presente processo foram pautadas ou levadas ao conhecimento do Colegiado.

1290. O responsável aduz, ainda, que a própria equipe técnica do TCU, no ‘Pronunciamento da Subunidade’, quando da análise dos Embargos de Declaração, em 4/5/2018, no âmbito do TC 034.935/2015-0, externou sobre a irrazoabilidade de sua responsabilização, assim como de André Luiz Barreto de Paiva Filho (peça 1321, p. 22).

1291. Charles Carvalho Guedes afirma que, quando membro do CF BNDES, nunca teve, nem deveria ter, acesso a atas de reunião do Conselho de Administração da BNDESPAR. Acrescenta que a Ata da Reunião do Conselho de Administração do BNDES ROC 01/2010-BNDES – única ata citada no item 287 do Relatório de Instrução que é posterior à incorporação da Bertin pela JBS e menciona investimento nesta companhia – não foi por ele conhecida porque tal reunião, apesar de realizada em 12/2/2010, somente foi aprovada e assinada na reunião ordinária do CA em 14/5/2010 (devendo ficar disponível após dez dias). Alega que sua última participação em reunião ordinária do Conselho Fiscal foi em 12/5/2010. (Peça 1323, p. 24)

1292. André Luiz Barreto de Paiva Filho alega que foi nomeado conselheiro fiscal do BNDES por Decreto de 27/5/2010 (DOU de 28/5/2010) e, conforme previsto no Estatuto Social do BNDES da época, foi investido no cargo apenas quando de sua primeira participação em reunião do colegiado - no caso, em 6/7/2010. Assim, não exercia sua função de conselheiro quando da incorporação da Bertin pela JBS e não foi instado a fiscalizar os administradores e as contas do BNDES relativamente ao exercício social em que esta ocorreu. Acrescenta que o curto período em que permaneceu no CF BNDES (foi exonerado em 24/6/2011 - DOU 27/6/2011) não lhe permitiria considerar – até porque não teria competência legal para isso - a necessidade de fiscalização das operações específicas de uma companhia controlada pelo BNDES, que possuía um Conselho Fiscal próprio, principalmente se for levado em consideração que não houve menção à JBS e Bertin nas reuniões das quais participou. (Peça 1324, p. 24-25)

1293. Aduz, ainda, que, nomeado como representante do Tesouro Nacional, contava com o auxílio de uma coordenação específica deste órgão que supervisionava e coordenava os conselheiros fiscais indicados. Esta coordenação realizava uma revisão dos temas apreciados pelo CF BNDES e, se entendesse que havia algum tema relevante que merecesse averiguação ou monitoramento especial, fazia indicação nesse sentido. Em todo o período de mandato do Depoente, não teria havido qualquer demanda do Tesouro nesse sentido. (Peça 1324, p. 39)

7.6.1.4. Análise das alegações

7.6.1.5. Membros dos Conselhos Fiscais do BNDES e da BNDESPAR nos anos de 2009 e 2010, em razão da omissão em sua competência fiscalizadora na operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., ocorrida mediante apoio financeiro da BNDESPAR, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A., de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda. - item 11-j do Despacho de 14/8/2018: Reginaldo Braga Arcuri, André Luiz Barreto de Paiva Filho, Carlos Eduardo Esteves Lima, Cláudio de Almeida Neves, Cleber Ubiratan de Oliveira, Ricardo Schaefer, Charles Carvalho Guedes e Erenice Alves Guerra.

1294. Por meio dos Acórdãos 1.350/2018 e 1.974/2018, ambos do Plenário do TCU, foram excluídos da referida audiência os seguintes membros: Clayton Campanhola, Eduardo Coutinho Guerra, André Proite, Fábio Estorti de Castro, Jorge Kalache Filho, Francisco Moreira da Cruz Filho, Maurício Teixeira da Costa e Antônio Pedrosa Parracho.

1295. Os membros do Conselho Fiscal do BNDES e da BNDESPAR, assim como os membros dos Conselhos de Administração (CA), foram ouvidos em **AUDIÊNCIA** por deixarem de exercer sua competência fiscalizadora na operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., ocorrida mediante apoio financeiro da BNDESPAR.

1296. Assim como concluído em relação aos Diretores e membros do CA, cabe propor o **acolhimento das razões de justificativa dos membros do Conselho Fiscal**, ante a desconstituição parcial da própria irregularidade e a concordância com a tese principal das defesas, qual seja, de que não houve omissão.

1297. Registre-se a ressalva de que, assim como anotado para os membros dos Conselhos de Administração, tal proposta não significa concordância com todas as teses, cujo exame completo, dispensável no presente processo, é realizado na instrução lavrada no TC 036.606/2018-9.

1298. Apresenta-se a seguir o exame de algumas alegações individuais.

1299. Merece acolhida a alegação de André Luiz Barreto de Paiva Filho, quanto ao fato de ter sido nomeado conselheiro fiscal do BNDES apenas em maio de 2010. Não se evidenciam, especialmente considerando as circunstâncias da operação, as quais já conduzem ao acolhimento das razões de justificativa, motivos para que lhe fosse exigida qualquer ação em relação à operação. Vale lembrar que a audiência que lhe foi dirigida diz respeito, especificamente, à aprovação da operação com base em *valuation* superdimensionado.

1300. Tal conclusão se alinha ao decidido no Acórdão 357/2019-TCU-Plenário, prolatado no processo TC 034.932/2015-1, por meio do qual foi tornada sem efeito, em relação ao responsável, a determinação de sua audiência no item 9.11 do Acórdão 2.206/2018-TCU-Plenário. A audiência tratava de outros aspectos do mesmo ato decisório (Decisão de Diretoria Dir 136/2009-BNDESPAR) e foi cancelada pelo mesmo motivo aqui alegado, como se observa do seguinte trecho do voto do Relator:

20. Aponta ainda outra omissão, relativa ao fato de não haver-se considerado que o embargante havia sido investido no cargo de conselheiro apenas em 6/7/2010, de modo que também não poderia ser responsável pela omissão fiscalizadora em relação à operação de aporte de capital aprovada pela Diretoria mediante a Decisão n. Dir. 136/2009-BNDESPAR, de 22/12/2009. Dessarte, entende que o afastamento dessas omissões no julgado conduziria à sua exclusão do rol de responsáveis na tomada de contas especial, pela exclusão de seu nome dos subitens 9.4.1 e 9.11 do acórdão embargado.

21. Entendo que cabe razão ao embargante, seja quanto à impossibilidade de sua responsabilização pelo dano, seja quanto à omissão fiscalizatória no tocante às falhas apontadas quanto à aprovação da operação em 2009. Penso não ser razoável exigir do responsável condutas que impedissem ou revissem a realização da operação concretizada em 2009, e tampouco, que pudesse também questionar a conversão adotada em maio de 2011, porquanto os documentos por ele juntados aos autos demonstram que sua atuação se iniciou muito após a aprovação da operação de aporte, encerrando-se ainda quando a diretoria não havia concretamente apresentado sua decisão de conversão das ações ao conselho de administração da companhia. Neste caso, portanto, penso que se deva dar provimento aos embargos para excluí-lo da relação processual determinada pelo acórdão embargado.

1301. Embora, como visto, o foco da audiência tratada naqueles autos fosse outro, mostra-se de todo razoável aplicar aqui o mesmo entendimento.

1302. Na mesma situação se encontra Carlos Eduardo Esteves Lima, nomeado Conselheiro Fiscal do BNDES em junho de 2010 e, igualmente, excluído da audiência determinada no TC 034.932/2015-1 pelo Acórdão 357/2019-TCU-Plenário, pelo mesmo motivo.

1303. Já em relação a Charles Carvalho Guedes, não se identifica motivo para retirá-lo da relação processual. Sua audiência não tem relação específica e necessária com Reunião do Conselho de Administração do BNDES ROC 01/2010-BNDES, a cuja ata alega que não teve acesso. Tendo exercido cargo até maio de 2010, teria, em tese, tempo hábil para exercer sua ação fiscalizadora. Assim, malgrado a decisão que lhe foi favorável no TC 034.932/2015-1 (Acórdão 357/2019-TCU-Plenário), rejeita-se esse argumento, sem prejuízo do acolhimento de suas razões de justificativa,

pelos demais motivos já expostos.

1304. Em conclusão, e a despeito do não acolhimento das alegações de cunho subjetivo de Charles Carvalho Guedes, devem ser acolhidas as razões de justificativa de todos os membros do Conselho Fiscal.

7.7. Outros pedidos dos responsáveis

1305. Diversos responsáveis protestam por todo gênero de prova permitido em lei, entre os quais: produção de prova oral, consistente no depoimento do suplicante e na oitiva de testemunhas oportunamente arroladas, prova documental suplementar e pericial contábil.

1306. Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva apresentou requerimento para sua intimação, na pessoa dos seus patronos, para comparecerem e sustentarem oralmente na sessão de julgamento da representação, TC 034.935/2015-0. (Peça 1317, p. 21)

1307. Letícia Lourenço Costa requereu (peça 1099), em 12/3/2021, nova notificação acerca da oitiva que lhe foi dirigida (Ofício 368/2020, peça 1037), com envio dos anexos que faltaram. Alega que, não obstante haver advogado designado, a notificação foi enviada para o endereço residencial, o qual, porém, estava desatualizado. Por essa razão, o advogado somente haveria tido acesso ao ofício cerca de três meses após sua emissão. Na mesma peça, solicitou cópia da íntegra do processo.

Análise dos pedidos

1308. Não há previsão regimental para produção de prova oral ou pericial no âmbito dos processos no TCU. Os responsáveis podem apresentar prova documental suplementar até o término da instrução, bem como podem dirigir Memorial aos Ministros, por ocasião do julgamento do processo, além de requerer sustentação oral, a qual será autorizada na forma prevista nos normativos do Tribunal.

1309. A requisição de serviços técnicos pode ser feita pelo Tribunal em determinadas condições, a seu critério. Não se vislumbra, no presente processo, a necessidade de adoção dessa medida.

1310. Embora o pedido de sustentação oral apresentado pela defesa de Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva tenha sido dirigido ao julgamento do TC 034.935/2015-0, entende-se que ele se refere à sessão em que serão apreciadas suas razões de justificativa, o que foi transferido para o presente processo, sendo objeto da presente instrução. Nesse sentido, cabe autorizar ao responsável o uso de tal faculdade processual, nos termos do art. 168 do Regimento Interno desta Corte.

1311. Em relação ao pedido de Letícia Lourenço Costa, de nova notificação da oitiva, com envio dos anexos que faltaram, resta caracterizada a perda de seu objeto, tendo em vista a proposta de acatamento de suas razões de justificativa. Vale ressaltar que a responsável, por meio de seu advogado, recebeu cópia do processo (peça 1179), bem como apresentou, em 30/7/2018, suas razões de justificativa para a audiência (peça 628 do TC 034.935/2015-0, copiada à peça 1265 destes autos).

1312. Por fim, cabe lembrar que foi analisado anteriormente o pedido de Luciano Galvão Coutinho, de desentranhamento de peças (parágrafo 195), concluindo-se pelo seu indeferimento.

8. CONCLUSÃO

1313. A presente instrução analisou as razões de justificativa e alegações de defesa dos responsáveis para as audiências e citações determinadas no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, bem como as respostas encaminhadas para as audiências realizadas em razão do despacho de

14/3/2018, no TC 034.935/2015-0, conforme item 9.6.6 do mesmo Acórdão.

1314. Afastadas as alegações relativas a aspectos processuais, prescrição, violações à ampla defesa e ao contraditório, competência do TCU e outras preliminares (item 2 da instrução), foram analisados, sob o aspecto objetivo, os atos e fatos imputados como irregulares em cada uma das duas operações tratadas no processo – a aquisição, pela BNDESPAR, de participação no capital da Bertin S.A. (itens 3 e 4) e o apoio à incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A. (item 5). Foi confirmada a ocorrência da maioria das irregularidades apontadas nas instruções e deliberações anteriores.

1315. Restou evidenciado que o enquadramento de cada operação foi realizado sem contar com todas as análises e informações necessárias e sem indicar o interesse público que suportaria as operações. O alegado alinhamento das operações à Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP dependia de análise mais detida dos impactos esperados, a fim de verificar se, de fato, poderiam contribuir para o alcance dos objetivos da política. Essa verificação não foi feita nas etapas de Enquadramento, tampouco nas de Análise de cada operação. Não foram demonstrados os potenciais impactos sobre o incremento da exportação brasileira, tampouco sobre o emprego no Brasil.

1316. O Relatório de Análise da operação de aporte, entre outras falhas, não apontou que havia extrapolação do limite de exposição do sistema BNDES ao grupo Bertin. Não houve, tampouco, análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos, já que tudo foi remetido para um Plano de Negócios cuja definição cabia, preponderantemente, aos acionistas majoritários da Bertin. Aprovou-se uma operação que destinava recursos para inúmeras atividades, sendo que a real destinação estava completamente aberta. (Parágrafos 543 e 561-564)

1317. A péssima situação financeira em que a Bertin se encontrava, não apontada no Relatório de Análise, inviabilizava a obtenção de novos financiamentos e, por consequência, os investimentos que dependiam desses recursos. Ainda assim, tais investimentos foram considerados na avaliação econômica da Bertin, inflando o fluxo de caixa. Em virtude disso, estabeleceu-se, para a Bertin S.A. valor superior ao real, fazendo com que a BNDESPAR recebesse menos ações do que deveria ao realizar o aporte. O prejuízo causado para a entidade, embora evidente, não pode ser quantificado, já que não foi possível estabelecer, com o mínimo de exatidão, o quanto valia a Bertin S.A. Em razão disso, foi afastado o débito imputado aos responsáveis. (Parágrafos 612, 937 e 957-958)

1318. A operação de apoio à JBS para aquisição do controle da Pilgrim's e incorporação da Bertin é objeto do TC 036.606/2018-9, no qual se examinaram de forma ampla as etapas de Enquadramento e Análise da operação, além de outras questões, concluindo-se pela ocorrência de diversas irregularidades. O presente processo trata da mesma operação, porém com foco em aspectos pontuais da operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A. Concluiu-se, aqui, que o Relatório de Análise desta operação não detalhou nem examinou a composição do endividamento, tampouco o valor necessário para equacionar as dívidas da Bertin, cuja situação financeira piorou após o aporte da BNDESPAR e antes mesmo da eclosão da chamada crise do *subprime*, no segundo semestre de 2008. Mais uma vez, não se analisou adequadamente a avaliação econômica da Bertin S.A., a qual apontava valor superestimado para a empresa. Dadas as circunstâncias da operação, concluiu-se, no entanto, por não propor aplicação de penalidade aos responsáveis por essa irregularidade. (Parágrafo 884)

1319. O exame da responsabilidade dos agentes considerados Administradores ou equiparados, nos termos da Lei 6.404/1976 (membros da Diretoria, Conselho de Administração, Conselho Fiscal e Comitê de Auditoria), foi feito a partir da análise do cumprimento de seus deveres fiduciários, considerando as prescrições da lei societária, Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB), preceitos da *Business Judgement Rule* adotados no direito brasileiro e demais normas aplicáveis a cada caso, conforme modelo exposto no

item 7.3.1. desta instrução.

1320. Toda a análise realizada na presente instrução conduziu às conclusões a seguir descritas, para cada item do Despacho de 14/3/2018 (peça 207 do TC 034.935/2015-0) e do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. Antes, cabe registrar que será proposta a exclusão de João Paulo dos Reis Velloso e de Jorge Luiz Sozzi de Moraes do rol de responsáveis do processo, em virtude de seus falecimentos em 19/2/2019 e 6/8/2013 (parágrafos 1066 e 1245). No caso de Jorge Luiz Sozzi de Moraes, que respondia por débito, considerou-se o prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista a dificuldade de produção de provas por parte dos herdeiros após o longo decurso decorrido desde o fato gerador do débito atribuído ao de cujus.

8.1. Item 11-a do Despacho de 14/3/2018

1321. O item refere-se a audiência dos signatários do Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008, em decorrência das falhas verificadas na elaboração do documento.

1322. Foram acolhidas as justificativas relativas ao tempo de análise e à não realização de *due diligence*. Quanto a este último ponto, concluiu-se que tal procedimento não era obrigatório, segundo os normativos do banco, porém seria exigível, tendo em vista as condições fáticas do caso concreto. Assim, sua não realização soma-se às evidências da fragilidade da análise da real situação econômico-financeira da empresa investida.

1323. O exame técnico realizado na presente instrução conduziu, assim, à conclusão de que a análise da operação não possuiu o embasamento necessário, em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, não examinou de forma criteriosa os limites de exposição, onde os recursos seriam efetivamente aplicados, a avaliação econômica da empresa e suas condições econômico-financeiras, bem como não demonstrou que benefícios o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, especialmente em termos de geração de empregos.

1324. É proposta, em relação às audiências determinadas no item, o acolhimento das razões de justificativa de Bruno Lintz dos Santos e Fernando Américo de Rezende Neto, advogados, cujas falhas em não apontar as lacunas de análise foram consideradas sem gravidade suficiente para impor sua responsabilização. Por outro lado, é proposta a rejeição das razões de justificativa dos demais responsáveis, Eduardo Rath Fingerl, José Cláudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Rafael Petrocelli e Renato Francisco Martins. (Parágrafo 1067).

8.2. Item 11-b do Despacho de 14/3/2018

1325. O item refere-se a audiência dos membros da Diretoria que aprovaram a Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, a qual autorizou a operação de apoio financeiro à Bertin S.A., com base no Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008.

1326. Conforme conclusão já apresentada para os signatários do Relatório de Análise, confirmou-se a existência de graves irregularidades na análise da operação, as quais deixaram de ser devidamente investigadas e corrigidas pelos membros da Diretoria da BNDESPAR. Conforme exame registrado no item 7.4.5. da instrução, restou evidenciado que os diretores não cumpriram com seus deveres fiduciários e que não lhes socorre a regra negocial da *business judgment rule* – BJR, configurando-se a existência de erro grosseiro. Por tudo isso, devem ser rejeitadas as razões de justificativa de todos os responsáveis indicados no item 11-b do Despacho de 14/3/2018, aplicando-lhes a multa do art. 58 da Lei 8.443/1992.

8.3. Item 11-c do Despacho de 14/3/2018

1327. O item trata de audiência dos membros da equipe técnica de acompanhamento da

operação de aporte na Bertin S.A.

1328. Conforme análise apresentada no item 7.2.6.4. da instrução, concluiu-se que o acompanhamento da operação falhou em não apontar adequadamente a aplicação dos valores alocados a título de investimentos, bem como a evolução observada e projetada dos índices de endividamento da Bertin S.A. Também não apontou a necessidade de reavaliação do Plano de Negócios, em decorrência da destinação de recursos para melhoria da estrutura de capital em quantidades maiores que as esperadas, e não propôs medidas para a solução dos problemas financeiros observados na Bertin.

1329. Assim, propõe-se rejeitar as razões de justificativa de Eduardo Rath Fingerl, Caio Marcelo de Medeiros Melo, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes e Renato Francisco Martins, cujas responsabilidades sobre as falhas apontadas restou evidenciada. Em outro sentido, cabe acolher as razões de justificativa de Márcio Duarte de Medeiros e Sérgio José Suarez Pompeo, tendo em vista que a natureza da irregularidade apontada é de omissão e que eles não ocuparam função de direção, não lhes cabendo definir as atividades a serem realizadas. Também foi afastada a responsabilidade de Sérgio Foldes Guimarães, considerando que as falhas apontadas nas instruções que levaram às audiências, referem-se a período anterior a sua posse na função de Chefe de Departamento.

8.4. Item 11-d do Despacho de 14/3/2018

1330. O item também trata de audiência relativa a falhas no acompanhamento da operação de aporte na Bertin S.A., desta feita dos membros da Diretoria da BNDESPAR. O tema foi tratado de forma conclusiva no item 7.4.5.2. da instrução, sendo proposto acolher as razões de justificativa dos seguintes responsáveis: Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, Jorge Kalache Filho, Luiz Fernando Linck Dorneles, e Armando Mariante Carvalho Junior. Concluiu-se que as falhas apontadas não deveriam, obrigatoriamente, ser observadas pelos diretores de outras áreas que não a responsável pela operação, a Área de Mercado de Capitais – AMC.

1331. Pesou, também, a favor de Jorge Kalache Filho o fato de que não era membro efetivo da Diretoria. Quanto a Luiz Fernando Linck Dorneles, reforça o acolhimento de suas razões de justificativa o fato de que assumiu seu cargo como diretor em outubro de 2008.

1332. A instrução conclui pela rejeição das razões de justificativa de Eduardo Rath Fingerl e Luciano Galvão Coutinho, na qualidade de Diretor da AMC e Presidente da BNDES/BNDESPAR, respectivamente. Ambos deixaram de cumprir seus deveres fiduciários ao não garantir o devido acompanhamento da operação.

8.5. item 11-e do Despacho de 14/8/2018

1333. Esse item determinou a audiência de Joesley Mendonça Batista, Victor Garcia Sandri, Guido Mantega e Luciano Galvão Coutinho, por associação ilícita destinada a obtenção/concessão de vantagens indevidas ao Grupo JBS.

1334. Conforme registrado nos parágrafos 36 e 37 desta instrução, os senhores Victor Garcia Sandri e Guido Mantega foram excluídos do rol de responsáveis do processo.

1335. Em relação a Joesley Mendonça Batista foi determinado o sobrestamento do processo, em razão de determinação do Ministro Ricardo Lewandowski no Mandado de Segurança 37.705 DF. Assim, não foram examinadas as razões de justificativa de Joesley Batista, seguindo determinação do Relator, Ministro Augusto Sherman. (parágrafo 40)

1336. Considerando os sobrestamentos e exclusões acima mencionados, especialmente a não realização de exame das alegações de Joesley Batista, mostra-se inoportuno pronunciamento de mérito sobre as razões de justificativa de Luciano Coutinho para o presente item, o que poderia

embutir juízo de valor sobre as imputações feitas ao primeiro. Assim, caberia sobrestar o julgamento das contas de Luciano Coutinho, semelhantemente a Joesley Batista. Considerando, porém, que Luciano Coutinho também foi ouvido em audiência nos itens 11-b, 11-d e 11-h do Despacho, assim como foi citado no item 9.4.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, cujos exames já indicam o julgamento pela irregularidade de suas contas, tal medida mostra-se dispensável.

8.6. Item 11-f do Despacho de 14/8/2018

1337. Trata-se de audiência dos participantes da 240ª Reunião do Comitê de Enquadramento de Crédito, de 24/11/2009, pela aprovação do enquadramento da operação de apoio à incorporação da empresa Bertin S.A. pela JBS S.A., com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A., de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.

1338. Embora confirmados os indícios do superdimensionamento mencionado, a instrução concluiu por afastar a irregularidade objeto da audiência endereçada aos responsáveis. Foram identificadas outras falhas, que não foram objeto de audiência no presente processo e que já se inserem nas falhas gerais tratadas no processo TC 036.606/2018-9, não se mostrando oportuno, no presente processo, qualquer medida adicional de responsabilização. (Parágrafo 1095)

1339. Assim, propõe-se o acolhimento das razões de justificativa dos responsáveis para esse item de audiência.

8.7. Item 11-g do Despacho de 14/8/2018

1340. O item do Despacho em referência trata de audiência dos signatários do Relatório de Análise AMC/DEINV 04/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009 pela proposição do não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S.A. pelo BNDES e pela aceitação e utilização, no Relatório de Análise, de *valuation* superestimado da Bertin S.A.

1341. Propõe-se acolher as razões de justificativa dos advogados signatários do Relatório de Análise, Alice Ferreira Lopes, Bruno Lintz dos Santos, Letícia Lourenço Costa, Renata Bastos Maccacchero Victor e Rodrigo Rabelo Tavares Borba, tendo em vista a natureza das falhas observadas. (Parágrafo 1101)

1342. Em relação aos demais responsáveis, concluiu-se por acolher parcialmente suas razões de justificativa, deixando-se de aplicar multa, tendo em vista as circunstâncias observadas, especificamente, para os pontos objeto de audiência. Também, nesse caso, houve outras irregularidades que foram objeto de audiência no TC 036.606/2018-9. (Parágrafos 1102 e 1103)

8.8. Item 11-h do Despacho de 14/8/2018

1343. Trata-se de audiência dos participantes da Decisão de Diretoria 136/2009-BNDESPAR, de 22/12/2009, que aprovou a operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., com base no Relatório de Análise Conjunto AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009.

1344. Seguindo o mesmo raciocínio aplicado na análise da responsabilidade dos signatários do Relatório de Análise (item 8.7 supra), concluiu-se pelo acolhimento parcial das razões de justificativa dos Diretores, deixando-se de aplicar-lhes penalidade pela aprovação da operação de apoio à incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., com base no mencionado Relatório.

8.9. Item 11-i do Despacho de 14/8/2018

1345. O item trata de audiência dos membros dos Conselhos de Administração do BNDES e da BNDESPAR nos exercícios de 2009 e 2010 e seus suplentes, participantes da ROC 1/2010 - BNDES, ROC 4/2009 e 2/2010 - BNDESPAR, em razão da omissão em sua competência fiscalizadora na operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., aprovada com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A.

1346. Por meio do item 9.3.1. do Acórdão 1.350/2018-TCU-Plenário, foi tornada insubsistente a audiência determinada no item em comento aos Srs. Eduardo Rath Fingerl e Caio Marcelo de Medeiros Melo.

1347. Restou caracterizada a revelia de Miguel João Jorge Filho, o qual, devidamente notificado, deixou de apresentar resposta à audiência que lhe foi dirigida (parágrafo 1264).

1348. Em linha com as conclusões alcançadas para a Diretoria e considerando, conjuntamente, as circunstâncias observadas e o fato de que a operação não foi submetida à aprovação do Conselho de Administração, propõe-se o acolhimento das razões de justificativa de todos os responsáveis para o item em comento (parágrafo 1250).

8.10. Item 11-j do Despacho de 14/8/2018

1349. Esse item cuida de audiência dos membros dos Conselhos Fiscais do BNDES e da BNDESPAR nos anos de 2009 e 2010, pelos mesmos fatos imputados aos membros do Conselho de Administração.

1350. Por meio do item 9.3.2 do Acórdão 1.350/2018-TCU-Plenário, foi tornada insubsistente a audiência determinada no item em comento aos Srs. Jorge Kalache Filho, Antônio Pedrosa Parracho, André Proite Fábio Estorti de Castro, Francisco Moreira da Cruz Filho, Maurício Teixeira da Costa, e Eduardo Coutinho Guerra.

1351. Por meio do item 9.2 do Acórdão 1.974/2018-TCU-Plenário, foi tornada insubsistente a audiência determinada no item em comento ao Sr. Clayton Campanhola.

1352. Em linha com o concluído em relação aos membros do CA, propõe-se o acolhimento das razões de justificativa de todos os responsáveis mencionados no item, ante a desconstituição parcial da própria irregularidade e a concordância com a tese principal das defesas, qual seja, de que não houve omissão (parágrafo 1296).

1353. O acolhimento das razões de justificativa de André Luiz Barreto de Paiva Filho e Carlos Eduardo Esteves Lima é reforçado pelas datas em que tomaram posse nos cargos (parágrafos 1299 e 1302).

8.11. Item 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário

1354. O item trata de citação dos signatários do Relatório de Análise AMC/DEIMV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 por débito que tem os mesmos fundamentos da audiência determinada no item 11-a do Despacho de 14/3/2018.

1355. Nesse sentido, propõe-se acolher, pelos motivos expostos no item 8.1 desta Conclusão, as alegações de defesa de Bruno Lintz dos Santos e Fernando Américo de Rezende Neto. Em relação aos demais responsáveis, listados no parágrafo 1323, propõe-se rejeitar suas alegações de defesa, julgando irregulares suas contas, ante as falhas na análise da operação, porém deixando de imputar-lhes débito, em função das conclusões alcançadas no item 6.4. da instrução, no sentido da confirmação de existência de dano, cujo valor, porém, não pode ser calculado, por falta de informações mínimas.

8.12. Item 9.4.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário

1356. De maneira semelhante, esse item trata de citação por débito que tem os mesmos fundamentos da audiência determinada no item 11-b do Despacho de 14/3/2018, sendo dirigida aos diretores participantes da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR.

1357. Conclui-se, assim, por aplicar as mesmas conclusões registradas no item 8.11 supra, propondo-se rejeitar as alegações de defesa dos responsáveis indicados no item e julgar irregulares suas contas, ante as falhas na análise da operação e a confirmação da existência de dano, porém deixando de imputar-lhes débito, em função da impossibilidade de quantificação do dano causado.

8.13. Item 9.4.3 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário

1358. Esse item trata da citação da empresa JBS S.A., pelos mesmos valores indicados nos itens anteriores do Acórdão, ‘como sucessora da empresa Bertin S/A (favorecida pelas condutas irregulares descritas e beneficiária do valor pago a maior por suas ações pelo BNDESPar)’.

1359. Conforme parágrafo 41 da instrução, foi determinado o sobrestamento da TCE em relação à empresa, em função de determinação do Ministro Ricardo Lewandowski no Mandado de Segurança 37.728 DF. Assim, não foram examinadas as alegações de defesa da JBS S.A., não sendo proposto qualquer encaminhamento em relação a esse item da deliberação.

8.14. Item 9.5.1. do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário

1360. O item determinou a audiência dos signatários da Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, recomendando o enquadramento da operação de apoio financeiro à Bertin S.A. com diversas falhas na elaboração do documento.

1361. O exame técnico realizado nessa instrução concluiu que os responsáveis elaboraram a Instrução de Enquadramento sem a profundidade necessária, sem analisar criteriosamente onde os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira.

1362. Assim, propõe-se rejeitar as razões de justificativa de Caio Britto de Azevedo, Priscila Tavares Camacho Bak e Renata Moustapha Correa, aplicando a eles a multa do art. 58 da Lei 8.443/1992.

8.15. Item 9.5.2. do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário

1363. Este item determinou a audiência dos participantes da 135ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito, na qual foi aprovado o enquadramento da operação, com base na Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, com as falhas apontadas no item anterior. Concluiu-se pela responsabilização dos membros do referido comitê, por ter enquadrado a operação sem se pautar em análise aprofundada e sem conhecer os potenciais benefícios da operação para a sociedade brasileira, ato nitidamente contrário às finalidades e valores do BNDES e BNDESPAR.

1364. Assim, a instrução propõe rejeitar as razões de justificativa de todos os responsáveis listados no item 9.5.2. do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, aplicando-lhes a multa do art. 58 da Lei 8.443/1992.

1365. Os responsáveis a seguir identificados devem ter suas contas julgadas regulares com ressalvas, tendo em vista o acolhimento parcial de suas razões de justificativa para os itens indicados e a inexistência de outras falhas que lhe tenham sido imputadas no presente processo:

a) Marcio Duarte de Medeiros, Sergio Foldes Guimarães e Sergio José Suarez Pompeo: acolhimento, no Relatório de Análise, sem aprofundamento do exame, de avaliação econômica sobrestimada para a Bertin, por ocasião da incorporação desta empresa pela JBS S.A. (item 11-g do Despacho do Relator de 14/8/2018 no processo TC 034.935/2015-0);

b) Armando Mariante Carvalho Junior: aprovação da operação de incorporação, pela Diretoria, com a mesma falha acima apontada (item 11-h do Despacho de 14/8/2018).

1366. Registra-se que não se mostra cabível, no presente momento, proposta de determinação de correção das impropriedades identificadas, como previsto no art. 18 da Lei 8.443/1992 e no art. 208, § 2º, do Regimento Interno do TCU.

8.16. Inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança

1367. Considerando o conjunto dos exames realizados e as conclusões alcançadas, resumidas neste item da instrução, é possível concluir que a atuação de alguns responsáveis reveste-

se de gravidade maior que a dos demais agentes arrolados no presente processo. E a reprovabilidade de suas condutas é de tal grandeza que se mostra necessário aplicar-lhes sanção adicional, com a finalidade não apenas de puni-los, mas de afastá-los de cargos relevantes na área pública, ainda que por um período.

1368. Esses responsáveis são aqueles que detinham posição preponderante na organização, durante a aprovação e acompanhamento da operação, e cuja atuação, se realizada de forma correta e eficiente, poderia evitar as inúmeras irregularidades cometidas, bem como o prejuízo suportado pela BNDESPAR.

1369. Em primeiro lugar, afigura-se o Diretor-Presidente do BNDES e BNDESPAR, Luciano Galvão Coutinho. Como responsável maior pela gestão e governança do sistema BNDES, ele tinha a obrigação de direcionar as ações da entidade no sentido de privilegiar e perseguir o interesse público. No entanto, como fartamente demonstrado no processo, dirigiu a entidade, sob o argumento de alinhamento a políticas públicas, no sentido de apoiar, sem respeito a limites, empresa privada, sem que houvesse qualquer demonstração de interesse público e assumindo riscos e prejuízo ao BNDES/BNDESPAR.

1370. Em seguida, podem ser apontados os responsáveis de maior posição hierárquica na Área de Mercado de Capitais, quais sejam: o Diretor, Eduardo Rath Fingerl, e os Superintendentes, Fábio Sotelino da Rocha e Caio Marcelo de Medeiros Melo. A eles cabia o direcionamento das ações da área, tendo eles papéis preponderantes em todas as fases da operação, desde o Enquadramento até o Acompanhamento. Fábio Sotelino da Rocha foi Superintendente da AMC entre 25/4/2006 e 13/4/2008, participando, também, diretamente, do Enquadramento e do Relatório de Análise da operação de aporte inicial na Bertin S.A. Caio Marcelo de Medeiros Melo assumiu a Superintendência em 14/4/2008, respondendo pela área na fase da liberação dos recursos da referida operação, bem como no posterior apoio à incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A. (Peças 159 do TC 034.935/2015-0 e 1265, p. 67, deste processo)

1371. Some-se a eles o Chefe de Departamento da AMC/DEINV, José Cláudio Rego Aranha, responsável pela principal unidade no processo de análise da operação inicial, na qual a BNDESPAR adquiriu participação na Bertin S.A., com as falhas já apontadas nesta instrução.

1372. Assim, cabe propor que o Tribunal considere especialmente graves as infrações cometidas por esses responsáveis, inabilitando-os, por período a ser definido por esta Corte, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992.

9. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

1373. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal:

9.1 Excluir do rol de responsáveis do processo os Srs. João Paulo dos Reis Velloso, CPF 019.687.267-72, e Jorge Luiz Sozzi de Moraes, CPF 238.880.407-87.

9.2 Considerar revel o Sr. Miguel João Jorge Filho, CPF 024.842.858-68, para todos os efeitos processuais.

9.3 Acolher as alegações de defesa dos seguintes responsáveis: Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, Fernando Américo de Rezende Neto, CPF 441.314.617-49, para o item 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

9.4 Rejeitar as alegações de defesa dos seguintes responsáveis, sem imputação de débito, ante a impossibilidade de sua quantificação:

a) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Fernanda Farah de Abreu Zorman, CPF 895.017.997-00, Rafael Petrocelli, CPF 293.729.618-17, e Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, para o item 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário;

b) Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, e Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, para o item 9.4.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

9.5 Acolher as razões de justificativa dos seguintes responsáveis:

a) Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, e Fernando Américo de Rezende Neto, CPF 441.314.617-49, para o item 11-a do Despacho de 14/8/2018;

b) Márcio Duarte Medeiros, CPF 070.768.147-22, Sérgio Foldes Guimarães, CPF 014.873.977-63, e Sérgio José Suarez Pompeo, CPF 094.449.797-76, para o item 11-c do Despacho de 14/8/2018;

c) Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, e Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49, para o item 11-d do Despacho de 14/8/2018;

d) Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04, Cláudio Figueiredo Coelho Leal, CPF 551.703.740-20, Carlos Eduardo Castello Branco, CPF 405.878.277-34, Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Nelson Fontes Siffert Filho, CPF 770.209.607-15, Bruno Fraga Leal, CPF 850.465.406-06, Sérgio Eduardo Weguelin Vieira, CPF 483.591.067-20, Cláudio Bernardo Guimarães de Moraes, CPF 761.155.427-15, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Álvaro Oliveira de Freitas, CPF 805.593.447-91, Selmo Aronovich, CPF 574.154.206-91, Eduardo Klingelhofer de Sá, CPF 820.120.087-04, e Maria Isabel Rezende Aboim, CPF 385.012.797-49, para o item 11-f do Despacho de 14/8/2018;

e) Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, CPF 087.781.287-06, Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, Letícia Lourenço Costa, CPF 333.709.758-82, Renata Bastos Maccacchero Victor, CPF 024.899.207-40, e Rodrigo Rabelo Tavares Borba, CPF 088.705.347-58, para o item 11-g do Despacho de 14/8/2018;

f) Miguel João Jorge Filho, CPF 024.842.858-68, Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Alessandro Golombiewski Teixeira, CPF 656.147.550-04, Carlos Roberto Lupi, CPF 434.259.097-20, Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, CPF 008.564.287-87, Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva, CPF 691.850.857-15, Paulo Bernardo Silva, CPF 112.538.191-49, Pedro Luiz Carneiro de Mendonça, CPF 038.794.701-97, Clara Levin Ant, CPF 646.409.658-34, Ivan João Guimarães Ramalho, CPF 280.080.578-15, e Roberto Teixeira da Costa, CPF 007.596.358-20, para o item 11-i do Despacho de 14/8/2018; e

g) Reginaldo Braga Arcuri, CPF 197.796.666-72, André Luiz Barreto de Paiva Filho, CPF 563.915.520-53, Carlos Eduardo Esteves Lima, CPF 474.292.406-15, Cláudio de Almeida Neves, CPF 033.228.827-72, Cleber Ubiratan de Oliveira, CPF 501.953.366-15, Ricardo Schaefer, CPF 507.857.450-68, Charles Carvalho Guedes, CPF 539.600.681-15, Erenice Alves Guerra, CPF 185.697.731-53, para o item 11-j do Despacho de 14/8/2018.

9.6 Acolher parcialmente as razões de justificativa dos seguintes responsáveis:

a) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Márcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, Sérgio Foldes Guimarães, CPF 014.873.977-63, e Sérgio José Suarez Pompeo, CPF 094.449.797-76, para o item 11-g do Despacho de 14/8/2018;

b) 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, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, e Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, para o item 11-h do Despacho de 14/8/2018.

9.7 Rejeitar as razões de justificativa dos seguintes responsáveis:

a) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Fernanda Farah de Abreu Zorman, CPF 895.017.997-00, Rafael Petrocelli, CPF 293.729.618-17, e Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, para o item 11-a do Despacho de 14/8/2018;

b) Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, e Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, para o item 11-b do Despacho de 14/8/2018;

c) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, 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, para o item 11-c do Despacho de 14/8/2018;

d) Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, e Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, para o item 11-d do Despacho de 14/8/2018;

e) Caio Britto de Azevedo, CPF 021.491.517-40, Priscila Tavares Camacho Bak, CPF 079.824.797-58, e Renata Moustapha Correa, CPF 082.497.447-64, para o item 9.5.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário; e

f) Carlos Roberto Lopes Haude, CPF 659.240.027-72, Cláudio Bernardo Guimaraes de Moraes, CPF 761.155.427-15, Ernani Teixeira Torres Filho, CPF 439.505.587-72, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Gil Bernardo Borges Leal, CPF 548.421.157-34, Ishai Waga, CPF 532.762.307-63, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Júlio Cesar Maciel Ramundo, CPF 003.592.857-32, Luciano Siani Pires, CPF 013.907.897-56, Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, Mariane Sardenberg Sussekind, CPF 437.490.037-34, Mario José Soares Esteves Filho, CPF 592.276.997-91, Paulo Todescan Lessa Mattos, CPF 188.745.248-62, Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Selmo Aronovich, CPF 574.154206-91, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, CPF 312.957.707-68, Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04, para o item 9.5.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

9.8 Julgar **regulares**, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, 17 e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 207 e 214, inciso I, do Regimento Interno, as contas dos seguintes responsáveis, dando-se-lhes quitação plena: Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, Fernando Américo de Rezende Neto, CPF 441.314.617-49, Cláudio Figueiredo Coelho Leal, CPF 551.703.740-20, Carlos Eduardo Castello Branco, CPF 405.878.277-34, Nelson Fontes Siffert

Filho, CPF 770.209.607-15, Bruno Fraga Leal, CPF 850.465.406-06, Sérgio Eduardo Weguelin Vieira, CPF 483.591.067-20, Álvaro Oliveira de Freitas, CPF 805.593.447-91, Eduardo Klingelhofer de Sá, CPF 820.120.087-04, Maria Isabel Rezende Aboim, CPF 385.012.797-49, Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, CPF 087.781.287-06, Letícia Lourenço Costa, CPF 333.709.758-82, Renata Bastos Maccacchero Victor, CPF 024.899.207-40, Rodrigo Rabelo Tavares Borba, CPF 088.705.347-58, Miguel João Jorge Filho, CPF 024.842.858-68, Alessandro Golombiewski Teixeira, CPF 656.147.550-04, Carlos Roberto Lupi, CPF 434.259.097-20, Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, CPF 008.564.287-87, Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva, CPF 691.850.857-15, Paulo Bernardo Silva, CPF 112.538.191-49, Pedro Luiz Carneiro de Mendonça, CPF 038.794.701-97, Clara Levin Ant, CPF 646.409.658-34, Ivan João Guimarães Ramalho, CPF 280.080.578-15, Roberto Teixeira da Costa, CPF 007.596.358-20, Reginaldo Braga Arcuri, CPF 197.796.666-72, André Luiz Barreto de Paiva Filho, CPF 563.915.520-53, Carlos Eduardo Esteves Lima, CPF 474.292.406-15, Cláudio de Almeida Neves, CPF 033.228.827-72, Cleber Ubiratan de Oliveira, CPF 501.953.366-15, Ricardo Schaefer, CPF 507.857.450-68, Charles Carvalho Guedes, CPF 539.600.681-15, e Erenice Alves Guerra, CPF 185.697.731-53.

9.9 Julgar **regulares com ressalvas**, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno, as contas dos seguintes responsáveis, dando-se-lhes quitação: Márcio Duarte Medeiros, CPF 070.768.147-22, Sérgio Foldes Guimarães, CPF 014.873.977-63, Sérgio José Suarez Pompeo, CPF 094.449.797-76, e Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49.

9.10 Julgar **irregulares**, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, **alíneas ‘b’ e ‘c’**, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992 c/c os artigos 1º, inciso I, 209, incisos II e III, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, as contas dos Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Fernanda Farah de Abreu Zorman, CPF 895.017.997-00, Rafael Petrocelli, CPF 293.729.618-17, Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, e Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15.

9.11 Aplicar aos responsáveis indicados no item anterior, individualmente, a multa prevista nos incisos II e III do artigo 58 da Lei 8.443/92, c/c o art. 268, incisos II e III, do Regimento Interno do TCU, em valor a ser estipulado por esta Corte, fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal, em respeito ao art. 214, inciso III, alíneas ‘a’ e ‘b’, do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor.

9.12 Julgar **irregulares**, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, **alínea ‘b’**, 19, parágrafo único, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 1º, inciso I, 209, inciso II, 210, §2º, e 214, inciso III, do Regimento Interno, as contas dos Srs. Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Caio Britto de Azevedo, CPF 021.491.517-40, Priscila Tavares Camacho Bak, CPF 079.824.797-58, Renata Moustapha Correa, CPF 082.497.447-64, Carlos Roberto Lopes Haude, CPF 659.240.027-72, Cláudio Bernardo Guimaraes de Moraes, CPF 761.155.427-15, Ernani Teixeira Torres Filho, CPF 439.505.587-72, Gil Bernardo Borges Leal, CPF 548.421.157-34, Ishai Waga, CPF 532.762.307-63, Júlio Cesar Maciel Ramundo, CPF 003.592.857-32, Luciano Siani Pires, CPF 013.907.897-56, Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, Mariane Sardenberg Sussekind, CPF 437.490.037-34, Mário José Soares Esteves Filho, CPF 592.276.997-91, Paulo Todescan Lessa Mattos, CPF 188.745.248-62, Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Selmo Aronovich, CPF 574.154206-91, Thereza

Cristina Nogueira de Aquino, CPF 312.957.707-68, e Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04.

9.13 Aplicar aos responsáveis indicados no item anterior, individualmente, a multa prevista nos incisos I e II do artigo 58 da Lei 8.443/92, c/c o art. 268, incisos I e II, do Regimento Interno do TCU, em valor a ser estipulado por esta Corte, fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal, em respeito ao art. 214, inciso III, alíneas 'a' e 'b', do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor.

9.14 Considerar de maior gravidade as infrações cometidas pelos Srs. Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, e José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, inabilitando-os, por período a ser definido por esta Corte, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992.

9.15 Determinar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e à BNDES Participações S.A., nos termos do art. 28, I, da Lei 8.443/1992, que, caso não seja comprovado o recolhimento das dívidas pelos responsáveis, efetuem, após a devida notificação do Tribunal, o desconto da dívida na remuneração dos empregados, em favor dos cofres do Tesouro Nacional, na forma estabelecida pela legislação pertinente.

9.16 Autorizar a cobrança judicial da dívida, em substituição à medida preconizada no item anterior, na ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 2º, III, 'b', da Decisão Normativa TCU 189/2020.

9.17 Autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 219, inciso II, do Regimento Interno do TCU, a cobrança judicial das dívidas dos demais responsáveis, caso não atendidas as notificações.

9.18 Autorizar, desde logo, com fundamento no art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno do TCU, caso seja do interesse dos responsáveis, o parcelamento da dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor, sem prejuízo de alertá-los de que, caso optem por essa forma de pagamento, a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela implicará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217, §2º, do Regimento Interno do TCU.

9.19 Com fulcro no art. 157 do Regimento Interno do TCU, manter o sobrestamento do julgamento das contas do Sr. Joesley Mendonça Batista, CPF 376.842.211-91, e da empresa JBS S.A., CNPJ 02.916.265/0001-60, até o julgamento de mérito dos Mandados de Segurança 37.705 DF e 37.728 DF.

9.20 Remeter cópia deste acórdão, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, c/c art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, para adoção das medidas que entender cabíveis; e comunicar-lhe que o relatório e o voto que o fundamentarem podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso haja interesse, o Tribunal pode enviar-lhe cópia desses documentos sem qualquer custo.

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

- a) ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados – CFFC;
- b) à Casa Civil da Presidência da República;
- c) ao Ministério da Economia;
- d) ao BNDES e à BNDESPAR;
- e) à Advocacia Geral da União;
- f) à J&F Investimentos S.A.;
- g) ao 11º Ofício da Procuradoria da República do Distrito Federal;
- h) à Delegacia de Combate à Corrupção e Crimes Financeiros/Superintendência de Polícia Federal no Distrito Federal;
- i) à Força-Tarefa do Departamento de Polícia Federal no Rio de Janeiro atinente aos assuntos referentes ao BNDES/Coordenação-Geral de Polícia Fazendária; e
- j) à Comissão de Valores Mobiliários – CVM.”

5. O então Diretor na SecexFinanças (Bruno Hartz, 5ª Diretoria Técnica) pronunciou-se à peça 1458, nos termos seguintes:

“PRONUNCIAMENTO DA SUBUNIDADE

1. Manifesto-me parcialmente de acordo com a proposta formulada por Osvaldo Vicente Cardoso Perrou, AUFC/CE, Matrícula 4543-8, ante as razões expostas a seguir.

2. A única discordância em relação ao percuciente relatório elaborado pelo aludido Auditor diz respeito ao mérito da análise realizada da seguinte audiência determinada pelo Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator à peça 207 do TC 034.935/2015-0, *in verbis*:

II – Relativamente à operação de aquisição da Bertin pela JBS em 2009:

(...)

g) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, CPF 087.781.287-06, Andre Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Leticia Lourenco Costa, CPF 333.709.758-82, Marcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, Renata Bastos Maccacchero Victer, CPF 024.899.207-40, Rodrigo Rabelo Tavares Borba, CPF 088.705.347-58, Sergio Foldes Guimarães, CPF 014.873.977-63, e Sergio Jose Suarez Pompeo, CPF 094.449.797-76, por terem elaborado o Relatório de Análise AMC/DEINV 04/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009:

(...)

g.2) no qual se omitiram com relação ao valor econômico da Bertin S/A calculado pela empresa Apsis Consultoria Ltda., que não representava efetivamente a realidade da empresa, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto, e o objeto social da BNDESPAR, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, mas 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;

h) 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, e Luiz Fernando

Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, por aprovarem, pela Decisão de Diretoria 136/2009-BNDESPAR, de 22/12/2009, a operação de incorporação da Bertin S/A pela JBS S/A, com base no Relatório de Análise Conjunto AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009:

(...)

h.2) que se omitia sobre o valor econômico da Bertin S/A calculado pela empresa Apsis Consultoria Ltda., que não representava efetivamente a realidade da empresa, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto, e o objeto social da BNDESPAR, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, mas 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;

3. Em primeiro lugar, é importante destacar que o próprio Auditor assevera ser inafastável a constatação de que a avaliação da empresa Bertin S/A para fins de sua incorporação pela JBS S/A não retratava seu valor de mercado, no seguinte trecho de seu relatório: 'o fato é que os responsáveis não lograram afastar os indícios de que a avaliação econômica da Bertin, feita pela Apsis, apontava valor superestimado' (p. 141 da instrução).

4. Um pouco mais à frente (p. 141 e 142 da instrução), o Auditor reconhece que, inexoravelmente, o valor superdimensionado da Bertin S/A, por ocasião da operação societária supracitada, acarretaria perdas aos acionistas da JBS S/A, chegando a afirmar que: 'de fato, seria difícil acreditar que a família Batista aceitaria perda de tal monta apenas pela expectativa de rentabilidade de outros investimentos' (p. 142 da instrução).

5. Os principais argumentos levantados pelo Auditor para afastar a culpabilidade dos empregados, gestores e diretores do BNDES no que concerne à presente irregularidade diz respeito a esse possível – ainda que improvável – acatamento das perdas na operação pelos acionistas da JBS S/A, à ausência de evidências de que a equipe do banco conhecia as tratativas escusas existentes entre controladores de Bertin S/A e JBS S/A, à inexistência de prejuízo à BNDESPAR e à ausência de obrigação do banco de intervir em negócio estritamente privado.

6. No entanto, deixou de ser apreciada a principal questão subjacente à temática ora retratada: 'pode um banco público aprovar apoio financeiro para uma empresa realizar uma operação societária, tendo o próprio banco ciência de que tal operação acarretaria prejuízos a minoritários, mesmo a referida instituição pública se beneficiando financeiramente disso?'

7. O Auditor muito bem abordou em sua análise que, no momento do investimento original realizado em *equity* da Bertin S/A pela BNDESPAR, a partir de 29/4/2008, no valor de R\$ 2,5 bilhões, já houvera prejuízo à estatal, pois a participação do banco na companhia deveria ter sido superior aos 26,92% que foram ao fim e ao cabo negociados. Ainda que o dano não possa ser mensurado, ele seria relevante logo na largada.

8. Como demonstrou a instrução, a situação econômico-financeira da empresa Bertin S/A já era significativamente ruim antes mesmo de deflagrada a crise financeira de 2008, causando bastante estranheza, inclusive, a continuidade dos aportes, principalmente daquele realizado em 23/12/2008, no valor de R\$ 699.929.661,06, quando já se tinha pleno conhecimento da condição deficitária do frigorífico, bem como da impossibilidade de fazer cumprir os objetivos pactuados com o BNDES.

9. Pouco tempo depois, em 2009, as perdas resultantes do até então infrutífero investimento ficaram evidentes quando do movimento de associação da Bertin S/A com a empresa Marfrig S/A, ocasião em que o Itaú BBA realizou *valuation* daquele primeiro frigorífico, evidenciando o prejuízo enfrentado pelo banco até aquele instante. A própria

instrução conjunta AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009 (p. 26) deixa isso patente, *ipsis litteris* (p. 17 da instrução):

Cabe destacar que, nesta oportunidade, a proposta que a Marfrig fez pela Bertin implicava em uma avaliação da participação da BNDESPAR na Bertin em R\$ 1 bilhão. Nesta situação, caso fosse dado prosseguimento à operação, a BNDESPAR seria forçada a reconhecer uma perda de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão no investimento em Bertin, uma vez que o aporte total feito pela BNDESPAR para aquisição da participação de 26,92% no capital da Bertin fora de R\$ 2,5 bilhões.

Além disso, na estrutura da operação, certamente a BNDESPAR seria chamada a aportar novos recursos, uma vez que o endividamento combinado da empresa seria muito elevado, sendo que estimativas preliminares indicavam um aporte de R\$ 2 bilhões por parte da BNDESPAR [perfazendo] em um aumento de capital total de R\$ 4 bilhões.

A alternativa que se apresentou como solução para o dilema foi incluir a incorporação da Bertin pela JBS no âmbito do projeto proposto pela JBS com vistas à aquisição de participação acionária da empresa americana Pilgrim's, em 2009.

10. Para realizar a referida operação de incorporação da Bertin S/A e, ainda, a compra da empresa americana Pilgrim's, a JBS S/A foi contemplada com R\$ 3,477 bilhões do BNDES e, ainda, 'a liberação da aplicação dos US\$ 800,6 milhões, anteriormente aportados na JBS S/A para aquisição da empresa norte-americana National Beef' (p. 142 da instrução).

11. Desta forma, visando a dirimir prejuízo materializado em investimento anterior realizado em Bertin S/A, o BNDES apoiou financeiramente operação de incorporação a ser realizada pela JBS S/A, tendo ciência de que o valor de Bertin estava superdimensionado e de que isso, por consequência lógica, acarretaria prejuízos aos acionistas da JBS S/A, em especial, aos minoritários, que dispõem de menos acesso à informação qualificada.

12. Ocorre, no entanto, que, uma vez que tinha ciência dessa possível lesão a minoritários da JBS S/A, o banco deveria ao menos alertar às partes envolvidas na negociação – que, faz-me mister ressaltar, era financeiramente apoiada pela própria estatal – que essa questão da sobreavaliação da Bertin teria de ser reportada aos acionistas minoritários da JBS S/A, para que adotassem decisão consciente, livre e informada sobre o assunto em assembleia geral de acionistas.

13. De fato, haveria o risco de não aprovação da operação societária, mas o banco não pode operar quebrando regras caras para o mercado de capitais, com vistas tão somente a se beneficiar do ponto de vista financeiro. Há relevantes razões de natureza pública que levaram à criação da BNDESPAR, das quais o banco não pode se afastar, mesmo que para compensar possíveis perdas financeiras, como aludido em seu estatuto:

Art. 5º A BNDESPAR tem por objeto social:

(...)

III - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, por intermédio do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital de empresas;

14. Ora, lesar minoritários afronta claramente seu objeto social. Entendem-se os esforços do banco para recuperar seu prejuízo financeiro, mas isso não pode ser realizado a qualquer custo. O banco deveria ter exigido que a decisão dos acionistas da JBS S/A fosse realizada, repita-se, de forma consciente, livre e devidamente informada, disponibilizando também o *valuation* realizado pelo Itaú BBA.

15. É sempre importante destacar que o banco apoiou, com recursos próprios, a incorporação em comento. Portanto, é inegável sua intervenção como banco público no caso concreto, não podendo, desta forma, atuar em contrariedade a seu estatuto.

16. Logo, cabe rejeitar as razões de justificativa dos responsáveis pelas irregularidades elencadas nos itens 11-g.2 e 11-h.2 do Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator à peça 207 do TC 034.935/2015-0.

17. No que concerne à atuação dos advogados, resta o questionamento sobre se seria esperado que soubessem que o superdimensionamento do *valuation* da Bertin S/A para fins de incorporação da empresa pela JBS S/A seria prejudicial a acionistas desta última.

18. Com relação a essa discussão, é bem verdade que qualquer pessoa seria capaz de constatar as enormes discrepâncias, em tão pouco tempo, entre as avaliações realizadas pelo Itaú BBA e pela Apsis Consultoria Ltda. para a mesma empresa. Todavia, não se pode exigir que advogados entendam as consequências disso em uma operação de incorporação de uma empresa pela outra.

19. Desta forma, podem-se afastar as irregularidades ora em análise apenas em relação aos Srs. Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, Leticia Lourenco Costa, CPF 333.709.758-82, Renata Bastos Maccacchero Victor, CPF 024.899.207-40, Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, CPF 087.781.287-06, e Rodrigo Rabelo Tavares Borba, CPF 088.705.347-58.

20. No que tange aos Srs. Márcio Duarte Medeiros, CPF 070.768.147-22, Sérgio Foldes Guimarães, CPF 014.873.977-63, Sérgio José Suarez Pompeo, CPF 094.449.797-76, e Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49, será sugerida alteração da proposta de julgamento pela regularidade com ressalva das contas para julgamento pela irregularidade das contas.

21. Em relação aos demais responsáveis que já tiveram proposta de julgamento pela irregularidade das contas, tais como os Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Andre Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, 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, e Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, apenas deverá o presente exame ser considerado para fins de maior apenamento, se acatada a análise.

22. Por fim, cabe salientar, no entanto, que, a despeito da irregularidade apontada, deve-se levar em consideração, por ocasião do apenamento, que o sucesso da operação de incorporação em apreço, de fato, contribuiu sobremaneira para reduzir o prejuízo suportado em virtude do investimento original de R\$ 2,5 bilhões em *equity* da empresa Bertin S/A.

23. Como ressaltado anteriormente, o BNDES não pode atuar de forma irregular, prejudicando de modo sub-reptício outros atores presentes no mercado financeiro para seu exclusivo benefício, mas há de se reconhecer o esforço empreendido pelo banco para tentar minimizar perdas anteriores.

24. Declare-se, ainda, que foi verificado, no que se mostrou aplicável, o atendimento ao disposto na Resolução – TCU 315/2020.

25. Importa registrar que será mantida a numeração do encaminhamento efetivado na instrução para facilitar a correlação entre as propostas, fazendo-se constar, ao final dos itens que sofreram alterações, que o item foi modificado, acrescentado integralmente ou suprimido integralmente.

26. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal:

9.1 Excluir do rol de responsáveis do processo os Srs. João Paulo dos Reis Velloso, CPF 019.687.267-72, e Jorge Luiz Sozzi de Moraes, CPF 238.880.407-87.

9.2 Considerar revel o Sr. Miguel João Jorge Filho, CPF 024.842.858-68, para todos os efeitos processuais.

9.3 Acolher as alegações de defesa dos seguintes responsáveis: Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, e Fernando Américo de Rezende Neto, CPF 441.314.617-49, para o item 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

9.4 Rejeitar as alegações de defesa dos seguintes responsáveis, sem imputação de débito, ante a impossibilidade de sua quantificação:

a) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Fernanda Farah de Abreu Zorman, CPF 895.017.997-00, Rafael Petrocelli, CPF 293.729.618-17, e Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, para o item 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário; e

b) Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, e Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, para o item 9.4.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

9.5 Acolher as razões de justificativa dos seguintes responsáveis:

a) Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, e Fernando Américo de Rezende Neto, CPF 441.314.617-49, para o item 11-a do Despacho de 14/8/2018;

b) Márcio Duarte Medeiros, CPF 070.768.147-22, Sérgio Foldes Guimarães, CPF 014.873.977-63, e Sérgio José Suarez Pompeo, CPF 094.449.797-76, para o item 11-c do Despacho de 14/8/2018;

c) Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, e Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49, para o item 11-d do Despacho de 14/8/2018;

d) Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04, Cláudio Figueiredo Coelho Leal, CPF 551.703.740-20, Carlos Eduardo Castello Branco, CPF 405.878.277-34, Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Nelson Fontes Siffert Filho, CPF 770.209.607-15, Bruno Fraga Leal, CPF 850.465.406-06, Sérgio Eduardo Weguelin Vieira, CPF 483.591.067-20, Cláudio Bernardo Guimarães de Moraes, CPF 761.155.427-15, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Álvaro Oliveira de Freitas, CPF 805.593.447-91, Selmo Aronovich, CPF 574.154.206-91, Eduardo Klingelhofer de Sá, CPF 820.120.087-04, e Maria Isabel Rezende Aboim, CPF 385.012.797-49, para o item 11-f do Despacho de 14/8/2018;

e) Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, CPF 087.781.287-06, Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, Leticia Lourenço Costa, CPF 333.709.758-82, Renata Bastos Maccacchero Victor, CPF 024.899.207-40, e Rodrigo Rabelo Tavares Borba, CPF 088.705.347-58, para o item 11-g do Despacho de 14/8/2018;

f) Miguel João Jorge Filho, CPF 024.842.858-68, Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Alessandro Golombiewski Teixeira, CPF 656.147.550-04, Carlos Roberto

Lupi, CPF 434.259.097-20, Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, CPF 008.564.287-87, Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva, CPF 691.850.857-15, Paulo Bernardo Silva, CPF 112.538.191-49, Pedro Luiz Carneiro de Mendonça, CPF 038.794.701-97, Clara Levin Ant, CPF 646.409.658-34, Ivan João Guimarães Ramalho, CPF 280.080.578-15, e Roberto Teixeira da Costa, CPF 007.596.358-20, para o item 11-i do Despacho de 14/8/2018; e

g) Reginaldo Braga Arcuri, CPF 197.796.666-72, André Luiz Barreto de Paiva Filho, CPF 563.915.520-53, Carlos Eduardo Esteves Lima, CPF 474.292.406-15, Cláudio de Almeida Neves, CPF 033.228.827-72, Cleber Ubiratan de Oliveira, CPF 501.953.366-15, Ricardo Schaefer, CPF 507.857.450-68, Charles Carvalho Guedes, CPF 539.600.681-15, Erenice Alves Guerra, CPF 185.697.731-53, para o item 11-j do Despacho de 14/8/2018.

9.6 Acolher parcialmente as razões de justificativa dos seguintes responsáveis:

a) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Márcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, Sérgio Foldes Guimarães, CPF 014.873.977-63, e Sérgio José Suarez Pompeo, CPF 094.449.797-76, para o item 11-g.1 do Despacho de 14/8/2018; (item modificado)

b) 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, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, e Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, para o item 11-h.1 do Despacho de 14/8/2018. (item modificado)

9.7 Rejeitar as razões de justificativa dos seguintes responsáveis:

a) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Fernanda Farah de Abreu Zorman, CPF 895.017.997-00, Rafael Petrocelli, CPF 293.729.618-17, e Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, para o item 11-a do Despacho de 14/8/2018;

b) Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, e Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, para o item 11-b do Despacho de 14/8/2018;

c) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, 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, para o item 11-c do Despacho de 14/8/2018;

d) Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, e Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, para o item 11-d do Despacho de 14/8/2018;

e) Caio Britto de Azevedo, CPF 021.491.517-40, Priscila Tavares Camacho Bak, CPF 079.824.797-58, e Renata Moustapha Correa, CPF 082.497.447-64, para o item 9.5.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário;

f) Carlos Roberto Lopes Haude, CPF 659.240.027-72, Cláudio Bernardo Guimaraes de Moraes, CPF 761.155.427-15, Ernani Teixeira Torres Filho, CPF 439.505.587-72, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Gil Bernardo Borges Leal, CPF 548.421.157-34, Ishai Waga, CPF 532.762.307-63, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Júlio Cesar Maciel Ramundo, CPF 003.592.857-32, Luciano Siani Pires, CPF 013.907.897-56, Luiz Fernando

Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, Mariane Sardenberg Sussekind, CPF 437.490.037-34, Mario José Soares Esteves Filho, CPF 592.276.997-91, Paulo Todescan Lessa Mattos, CPF 188.745.248-62, Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Selmo Aronovich, CPF 574.154206-91, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, CPF 312.957.707-68, Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04, para o item 9.5.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

g) Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Márcio Duarte de Medeiros, CPF 070.768.147-22, Sérgio Foldes Guimarães, CPF 014.873.977-63, e Sérgio José Suarez Pompeo, CPF 094.449.797-76, para o item 11-g.2 do Despacho de 14/8/2018; e (item acrescentado)

h) 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, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, e Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, para o item 11-h.2 do Despacho de 14/8/2018. (item acrescentado)

9.8 Julgar regulares, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, 17 e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 207 e 214, inciso I, do Regimento Interno, as contas dos seguintes responsáveis, dando-se-lhes quitação plena: Srs. Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, Fernando Américo de Rezende Neto, CPF 441.314.617-49, Cláudio Figueiredo Coelho Leal, CPF 551.703.740-20, Carlos Eduardo Castello Branco, CPF 405.878.277-34, Nelson Fontes Siffert Filho, CPF 770.209.607-15, Bruno Fraga Leal, CPF 850.465.406-06, Sérgio Eduardo Weguelin Vieira, CPF 483.591.067-20, Álvaro Oliveira de Freitas, CPF 805.593.447-91, Eduardo Klingelhofer de Sá, CPF 820.120.087-04, Maria Isabel Rezende Aboim, CPF 385.012.797-49, Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, CPF 087.781.287-06, Letícia Lourenço Costa, CPF 333.709.758-82, Renata Bastos Maccacchero Victor, CPF 024.899.207-40, Rodrigo Rabelo Tavares Borba, CPF 088.705.347-58, Miguel João Jorge Filho, CPF 024.842.858-68, Alessandro Golombiewski Teixeira, CPF 656.147.550-04, Carlos Roberto Lupi, CPF 434.259.097-20, Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, CPF 008.564.287-87, Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva, CPF 691.850.857-15, Paulo Bernardo Silva, CPF 112.538.191-49, Pedro Luiz Carneiro de Mendonça, CPF 038.794.701-97, Clara Levin Ant, CPF 646.409.658-34, Ivan João Guimarães Ramalho, CPF 280.080.578-15, Roberto Teixeira da Costa, CPF 007.596.358-20, Reginaldo Braga Arcuri, CPF 197.796.666-72, André Luiz Barreto de Paiva Filho, CPF 563.915.520-53, Carlos Eduardo Esteves Lima, CPF 474.292.406-15, Cláudio de Almeida Neves, CPF 033.228.827-72, Cleber Ubiratan de Oliveira, CPF 501.953.366-15, Ricardo Schaefer, CPF 507.857.450-68, Charles Carvalho Guedes, CPF 539.600.681-15, e Erenice Alves Guerra, CPF 185.697.731-53.

9.9 (item suprimido)

9.10 Julgar irregulares, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas 'b' e 'c', 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992 c/c os artigos 1º, inciso I, 209, incisos II e III, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, as contas dos Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Fernanda Farah de Abreu Zorman, CPF 895.017.997-00, Rafael Petrocelli, CPF 293.729.618-17, Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34, Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Maurício Borges

Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, e Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15.

9.11 Aplicar aos responsáveis indicados no item anterior, individualmente, a multa prevista nos incisos II e III do artigo 58 da Lei 8.443/92, c/c o art. 268, incisos II e III, do Regimento Interno do TCU, em valor a ser estipulado por esta Corte, fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal, em respeito ao art. 214, inciso III, alíneas 'a' e 'b', do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor.

9.12 Julgar irregulares, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'b', 19, parágrafo único, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 1º, inciso I, 209, inciso II, 210, §2º, e 214, inciso III, do Regimento Interno, as contas dos Srs. Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, CPF 071.918.857-18, Caio Britto de Azevedo, CPF 021.491.517-40, Priscila Tavares Camacho Bak, CPF 079.824.797-58, Renata Moustapha Correa, CPF 082.497.447-64, Carlos Roberto Lopes Haude, CPF 659.240.027-72, Cláudio Bernardo Guimaraes de Moraes, CPF 761.155.427-15, Ernani Teixeira Torres Filho, CPF 439.505.587-72, Gil Bernardo Borges Leal, CPF 548.421.157-34, Ishai Waga, CPF 532.762.307-63, Júlio Cesar Maciel Ramundo, CPF 003.592.857-32, Luciano Siani Pires, CPF 013.907.897-56, Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, Mariane Sardenberg Sussekind, CPF 437.490.037-34, Mário José Soares Esteves Filho, CPF 592.276.997-91, Paulo Todescan Lessa Mattos, CPF 188.745.248-62, Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Selmo Aronovich, CPF 574.154206-91, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, CPF 312.957.707-68, Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04, Márcio Duarte Medeiros, CPF 070.768.147-22, Sérgio Foldes Guimarães, CPF 014.873.977-63, Sérgio José Suarez Pompeo, CPF 094.449.797-76, e Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49. (item modificado)

9.13 Aplicar aos responsáveis indicados no item anterior, individualmente, a multa prevista nos incisos I e II do artigo 58 da Lei 8.443/92, c/c o art. 268, incisos I e II, do Regimento Interno do TCU, em valor a ser estipulado por esta Corte, fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal, em respeito ao art. 214, inciso III, alíneas 'a' e 'b', do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor.

9.14 Considerar de maior gravidade as infrações cometidas pelos Srs. Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20, Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Caio Marcelo de Medeiros Melo, CPF 376.763.691-34, e José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, inabilitando-os, por período a ser definido por esta Corte, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992.

9.15 Determinar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e à BNDES Participações S.A., nos termos do art. 28, I, da Lei 8.443/1992, que, caso não seja comprovado o recolhimento das dívidas pelos responsáveis, efetuem, após a devida notificação do Tribunal, o desconto da dívida na remuneração dos empregados, em favor dos cofres do Tesouro Nacional, na forma estabelecida pela legislação pertinente.

9.16 Autorizar a cobrança judicial da dívida, em substituição à medida preconizada no item anterior, na ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 2º, III, 'b', da Decisão Normativa TCU 189/2020.

9.17 Autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 219, inciso II, do Regimento Interno do TCU, a cobrança judicial das dívidas dos demais responsáveis, caso não atendidas as notificações.

9.18 Autorizar, desde logo, com fundamento no art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno do TCU, caso seja do interesse dos responsáveis, o parcelamento da dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor, sem prejuízo de alertá-los de que, caso optem por essa forma de pagamento, a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela implicará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217, §2º, do Regimento Interno do TCU.

9.19 Com fulcro no art. 157 do Regimento Interno do TCU, manter o sobrestamento do julgamento das contas do Sr. Joesley Mendonça Batista, CPF 376.842.211-91, e da empresa JBS S.A., CNPJ 02.916.265/0001-60, até o julgamento de mérito dos Mandados de Segurança 37.705 DF e 37.728 DF.

9.20 Remeter cópia deste acórdão, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, c/c art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, para adoção das medidas que entender cabíveis; e comunicar-lhe que o relatório e o voto que o fundamentarem podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso haja interesse, o Tribunal pode enviar-lhe cópia desses documentos sem qualquer custo.

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

- a) ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados – CFFC;
- b) à Casa Civil da Presidência da República;
- c) ao Ministério da Economia;
- d) ao BNDES e à BNDESPAR;
- e) à Advocacia Geral da União;
- f) à J&F Investimentos S.A.;
- g) ao 11º Ofício da Procuradoria da República do Distrito Federal;
- h) à Delegacia de Combate à Corrupção e Crimes Financeiros/Superintendência de Polícia Federal no Distrito Federal;
- i) à Força-Tarefa do Departamento de Polícia Federal no Rio de Janeiro atinente aos assuntos referentes ao BNDES/Coordenação-Geral de Polícia Fazendária; e
- j) à Comissão de Valores Mobiliários – CVM.’

6. O **titular da unidade** (Carlos Borges Teixeira) se pronunciou de acordo com as proposições lançadas pela diretoria técnica à peça 1459.

7. Às peças seguintes foram juntados novos elementos pelos advogados de diversos responsáveis, os quais versaram sobre as questões já apreciadas pela unidade instrutiva, incluindo

memoriais, bem assim, versando sobre decisões mais recentes havidas nos mandados de segurança impetrados junto ao STF, que, no mérito, posteriormente à data em que lançada a instrução, reconheceu a prescrição quinquenal das pretensões punitiva e de ressarcimento sobre os fatos imputados nestes autos, relativamente aos impetrantes, pela colmatação analógica da lacuna da lei mediante a aplicação da Lei 9.873/1999, em face do entendimento já manifestado mais recentemente pelo STF sob o entendimento de que a regra é a prescrição, limitando a imprescritibilidade a poucas situações, em reinterpretação pretérita do disposto no art. 37, § 5º, da CF/1988 objeto de reconhecidos Temas de Repercussão Geral cujos entendimentos foram recentemente declinados (vide e.g. Temas 666, 897 e 899 de Repercussão Geral). Tal entendimento pela prescrição diferiria daquele apontado na instrução, que manteve a aplicação da Súmula TCU 282 e do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

8. Seguiu-se então o pronunciamento do **Ministério Público/TCU**, neste feito representado pela **Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva**, cujo parecer lançado à peça 1584, **em 23/2/2023**, tratou da questão prescricional já à luz da revisão da matéria realizada por este Tribunal em face do que se conduziu no Tema 899 de Repercussão Geral bem assim face a ADI 5509/STF, conforme assentado nos considerandos e dispositivos da Resolução TCU 344/2022. O parecer foi vazado nos termos seguintes:

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada em decorrência do disposto no item 9.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, tendo por objeto indícios de dano e demais irregularidades relacionadas a operações mediante as quais BNDESPar aportou capital na empresa Bertin S/A e, posteriormente, apoiou a aquisição da referida empresa pela JBS S/A.

2. A primeira operação, realizada em 2008, consistiu na aquisição de 26,92% das ações da Bertin S/A pelo BNDESPar, mediante aporte de R\$ 2,5 bilhões na referida empresa. A segunda operação, realizada em 2009, consistiu na incorporação da Bertin S/A pela JBS S/A, no âmbito de projeto inicialmente proposto por essa última ao BNDESPar para aquisição da empresa americana Pilgrim’s.

3. O Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário foi proferido no TC 034.935/2015-0, constituído como apartado do TC 007.527/2014-4, que tratou de relatório de auditoria a respeito de operações de crédito e transações financeiras com o grupo JBS/Friboi.

4. Analisam-se, nesta oportunidade, respostas a audiências determinadas por meio do despacho do relator à peça 207 do TC 034.935/2015-0, bem como a audiências e citações determinadas por meio do citado acórdão.

5. Exsurge do acórdão que a primeira operação (aquisição de ações da Bertin S/A) teria gerado prejuízo ao BNDESPar no valor histórico de R\$ 670.000.000,00, em razão da perda de valor do investimento de R\$ 2,5 bilhões, ensejando autorização da citação dos agentes responsáveis pela elaboração do relatório de análise que fundamentou a operação e dos participantes da decisão da diretoria que a aprovou, bem como da empresa JBS, na qualidade de sucessora da Bertin.

6. Além disso, o mencionado acórdão também autorizou a realização de audiência dos agentes responsáveis pela propositura e pela aprovação do enquadramento da referida operação.

7. Em relação à segunda operação (incorporação da Bertin pela JBS), concluiu-se, no voto condutor do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, pela ocorrência de possível dano ao BNDESPar, na condição de acionista minoritário da JBS, da ordem de R\$ 598,3 milhões. Tal dano teria decorrido da sobreavaliação do preço da Bertin, quando da sua incorporação pela JBS, associado ao repasse de valor correspondente a parte das ações da JBS recebidas pelos antigos controladores da empresa Bertin para os antigos controladores da empresa JBS, por meio da venda simulada de cotas do Fundo Bertin FIP para a empresa Blessed LLC (sediada em Delaware, USA), de propriedade dos antigos controladores da JBS.

8. Contudo, o ministro relator constatou a necessidade de melhor analisar nova argumentação do BNDES, apresentada quando os autos já estavam em seu gabinete, no sentido que, estando o BNDESPar no negócio tanto na posição de ‘vendedor’ das ações da Bertin, como seu

acionista minoritário, quanto na posição de ‘comprador’ dessas ações, como acionista minoritário da JBS, ‘não estaria correto concluir que o banco deveria receber algo a mais como comprador minoritário, uma vez que, como vendedor minoritário, já teria recebido proporcionalmente o mesmo valor por ação que os acionistas majoritários da Bertin’.

9. O relator reconheceu que esse argumento poderia alterar o valor do possível dano ao BNDESPar ou até mesmo eliminá-lo. Assim, o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário não determinou citações ou audiências em relação à incorporação da Bertin pela JBS, e sim a reanálise pela unidade técnica.

10. Por outro lado, o referido acórdão ordenou que se transferisse para a tomada de contas especial o exame das audiências determinadas no despacho à peça 207 do TC 034.935/2015-0, as quais compreenderam irregularidades referentes à segunda operação. Tal despacho, proferido em 14/3/2018, havia antecipado a determinação de audiências no âmbito do TC 034.935/2015-0, a respeito de possíveis irregularidades envolvendo as duas operações, a fim de evitar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em relação a atos praticados em 26/03/2008 e 01/04/2008, que, sob os critérios estabelecidos pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, estaria na iminência de ocorrer.

11. Cabe observar que, por ocasião da prolação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, o ministro relator manifestou novo entendimento a respeito da prescrição, dessa vez no sentido de que o termo inicial do prazo deveria ser fixado em 26/05/2015, data da decisão prolatada pelo STF no MS 33.340-DF, momento a partir do qual o TCU teria passado a ter acesso integral às informações necessárias à avaliação da regularidade dos atos praticados pelo BNDES, até então negado pela estatal sob a alegação de sigilo.

12. Após a prolação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, a fim de cumprir a determinação para reanálise da incorporação da Bertin pela JBS, a unidade técnica efetuou instrução específica, tendo concluído que tal operação, em vez de prejuízo, gerou resultado positivo para o BNDESPar, no valor de R\$ 57.300.989,77, que deveria ser computado como crédito em relação ao débito observado na primeira operação (peças 670 a 672).

13. O ministro relator, por sua vez, observou não ser possível concluir, automaticamente, pela possibilidade de compensação de eventual ganho na segunda operação com o suposto prejuízo na primeira, por se tratarem de operações independentes, realizadas em diferentes momentos. De qualquer forma, determinou que fosse dado conhecimento dessas questões aos responsáveis pelas duas operações, para, querendo, manifestarem-se sobre as conclusões da unidade técnica.

14. Na sequência, de relevante, resta destacar que, em 18/2/2021 o ministro relator determinou a exclusão dos Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri do polo passivo deste processo, os quais teriam sido arrolados equivocadamente, pois, embora tenham figurado como responsáveis na representação que deu origem à presente TCE, ‘o voto que sustentou o Acórdão 2154/2018-Plenário reconheceu expressamente não existirem indícios, até aquele momento, de prática de atos irregulares por esses senhores com relação às operações em análise nestes autos’.

15. Vale mencionar que os responsáveis Guido Mantega, Joesley Mendonça Batista e JBS S/A obtiveram junto ao STF decisões liminares em mandados de segurança determinando a suspensão do presente processo em relação a eles (MS 37.664, 37.705 e 37.728, respectivamente). Por essa razão, o ministro relator desta TCE determinou o sobrestamento do feito em relação a Joesley Mendonça Batista e JBS S/A, a respeito dos quais, diferentemente do sr. Guido Mantega, entendeu que não haveria motivos para a exclusão do processo.

16. Feita essa contextualização, examinam-se, na presente oportunidade, as defesas apresentadas em relação às citações e audiências determinadas por meio do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário e do despacho à peça 207 do TC 034.935/2015-0.

II

17. Diversas questões preliminares foram suscitadas pelos responsáveis e analisadas pela unidade técnica em sua instrução de mérito, a cujas conclusões anui essa representante do *parquet*, sem prejuízo das observações e eventuais ressalvas expressamente apresentadas neste parecer.

18. Vários responsáveis alegaram, inclusive em memorias apresentados neste gabinete, nulidades processuais por prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, seja pela ausência de individualização de condutas, seja por ter a unidade técnica inovado na descrição das condutas irregulares após a apresentação das defesas.

19. Devido à grande quantidade de responsáveis e para se evitar análises desnecessárias, tais alegações, embora se caracterizem como questões preliminares, serão consideradas juntamente com o mérito, mediante avaliação da adequada e prévia descrição da conduta, nos casos em que se conclua, neste parecer, pela aplicação de sanções.

20. Também merecem destaque as alegações de que teria ocorrido coisa julgada administrativa, pelo fato de o TCU ter realizado auditoria na execução das operações de apoio ao setor de carnes em 2009 (TC 013.940/2009-6) e não ter apontado irregularidades.

21. De fato, depreende-se da leitura do relatório integrante da deliberação sobre o referido processo (Acórdão 3.142/2010-TCU-Plenário) que a operação de aquisição de participação acionária da Bertin pela JBS, dentre outras operações, foi examinada de maneira superficial naquela fiscalização, pois não estava compreendida nas questões de auditoria.

22. Não há, nesse caso, que se falar em coisa julgada, pois limitações de escopo e de procedimentos, quanto a extensão e profundidade, são inerentes a trabalhos de auditoria. As irregularidades que ora se examinam – caracterizadas por supostas deficiências de análise e de fundamentação nos pareceres técnicos que embasaram o enquadramento e a aprovação das operações – não foram objeto de discussão e de deliberação por ocasião da prolação do Acórdão 3.142/2010-TCU-Plenário. Não há sequer notícia de que a equipe daquela auditoria tenha tido acesso aos pareceres técnicos nos quais as irregularidades ora sob exame vieram a ser identificadas, até porque o BNDES entendia que o caráter sigiloso desses documentos era oponível ao TCU (o que foi expressamente registrado como limitação no relatório da referida auditoria), óbice que somente foi superado com o julgamento pelo STF do MS 33.340, em 26/05/2015.

23. Não obstante a inexistência de coisa julgada administrativa, o fato de naquela ocasião a equipe de auditoria do TCU ter considerado, ainda que mediante análise superficial, as operações de participação acionária do BNDESPar em frigoríficos como a princípio legitimadas pela Política de Desenvolvimento Produtivo será ponderado em tópico oportuno deste parecer.

24. Outra alegação que merece destaque diz respeito à prescrição. A unidade técnica sustentou a aplicação da tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, predominante no âmbito deste tribunal na ocasião da conclusão da instrução de mérito.

25. Quanto à pretensão punitiva, propugnou pela aplicação dos critérios gerais fixados pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, adaptados quanto ao termo inicial do prazo de prescrição pela tese consignada no voto condutor do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, já mencionada neste parecer, segundo a qual o prazo de prescrição teria começado a correr em 26/05/2015, data da decisão prolatada pelo STF no MS 33.340-DF.

26. Além disso, a unidade técnica também analisou a prescrição das pretensões de ressarcimento e punitiva sob o regime previsto na Lei 9.873/1999, inclusive à luz do entendimento manifestado pelo Min. Edson Fachin no voto condutor do acórdão prolatado pelo STF no julgamento da ADI 5509, tendo concluído pela não ocorrência.

27. Posteriormente à manifestação da unidade técnica, foi publicada a Resolução TCU 344/2022, em 21/10/2022, que, fruto de consenso do tribunal, regulamentou a prescrição das pretensões punitivas e de ressarcimento. A referida resolução aplica-se aos processos nos quais não tenha ocorrido o trânsito em julgado até a data de sua publicação (art. 18), devendo, portanto, orientar a presente análise.

28. As irregularidades ora sob exame foram identificadas em fiscalização do TCU, de modo que o prazo quinquenal de prescrição deve ser contado da data em que foram conhecidas (art. 4º, IV, da citada resolução).

29. Tais irregularidades dizem respeito, em apertada síntese, a supostas deficiências de análise e fundamentação nos pareceres técnicos que embasaram o enquadramento e a aprovação das operações, bem como as liberações de recursos.

30. Extraí-se dos autos que tais documentos foram inicialmente analisados, embora ainda de forma não aprofundada, na auditoria procedida no âmbito do TC 007.527/2014-4, cujo resultado foi apresentado por meio do Relatório de Fiscalização 423/2014. Embora as operações envolvendo a Bertin não estivessem no escopo inicial dessa fiscalização, constaram considerações da equipe de auditoria sobre tais operações no anexo IV do referido relatório. A partir dessas informações, o ministro relator entendeu que havia indícios de irregularidades, o que resultou em determinação constante do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário para autuação de apartado com vistas ao aprofundamento da apuração.

31. Sobre o termo inicial da prescrição com fundamento no art. 4º, IV, da Resolução TCU, vale destacar o seguinte precedente, segundo o qual considera-se como data do conhecimento das irregularidades pelo Tribunal a data em que for lavrado ou assinado o relatório de auditoria.

Para fins de contagem do prazo prescricional, a data do conhecimento da irregularidade pelo TCU em suas fiscalizações (art. 4º, inciso IV, da Resolução TCU 344/2022) corresponde àquela na qual há o registro dos achados de auditoria: a data em que for lavrado ou assinado o respectivo relatório de auditoria, relatório de fiscalização ou parecer da unidade técnica responsável, a partir da qual a irregularidade constará registrada nos autos.

Acórdão 2643/2022-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

32. Desse modo, pode-se considerar que as irregularidades se tornaram conhecidas pelo Tribunal, mesmo que de forma parcial e indiciária, em 16/11/2015, data da juntada do Relatório de Fiscalização 423/2014 aos autos do TC 007.527/2014-4 – data essa que se pode presumir ser a da sua assinatura. Assim, na referida data deflagrou-se o curso do prazo prescricional.

33. Nesse ponto, é importante distinguir o conhecimento pelo TCU das operações envolvendo a aquisição de participação acionária da Bertin pelo BNDESPar do conhecimento das irregularidades tratadas no presente processo. As operações em questão eram conhecidas pela Corte de Contas ao menos desde 2009, pois, como visto neste parecer, foram mencionadas no relatório da auditoria autuada sob o TC 013.940/2009-6.

34. Contudo, as irregularidades ora sob análise não eram conhecidas pelo TCU na ocasião, uma vez que não foram relatadas na auditoria, tampouco há notícia de que a respectiva equipe tenha tido acesso aos pareceres técnicos nos quais vieram a ser identificadas, em razão do entendimento do BNDES sobre o sigilo, como já mencionado neste parecer.

35. Diversos eventos identificáveis como causas interruptivas do prazo de prescrição podem ser apontados nos autos do TC 007.527/2014-4, do TC 034.935/2015-0 e do presente processo, de acordo com os critérios previstos no art. 5º da Resolução TCU 344/2022.

36. Com fundamento no inciso II do mencionado artigo (ato inequívoco de apuração do fato), podem ser citados os seguintes marcos temporais interruptivos, dentre outros:

- 25/11/2015, data da prolação do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário, que determinou a autuação de apartado ao TC 007.527/2014-4 (que veio a ser o TC 034.935/2015-0), para que fossem analisados os indícios de irregularidades relacionadas à operação de participação acionária na empresa Bertin S/A e sua posterior incorporação pela empresa JBS;
- 12/9/2018, data da prolação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, que determinou a conversão do TC 034.935/2015-0 em tomada de contas especial, bem como a realização de audiências e citações, resultando na autuação do presente processo;
- 24/6/2022, data da juntada da instrução de mérito da unidade técnica aos autos do presente processo;

37. Sobre esse último evento, vale mencionar o seguinte precedente:

A instrução de mérito da unidade técnica constitui ato inequívoco de apuração do fato (art. 5º, inciso II, da Resolução TCU 344/2022), provocando a interrupção da contagem do prazo prescricional das pretensões punitiva e ressarcitória do TCU.
Acórdão 2504/2022-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS

38. Vê-se que não transcorreu o prazo quinquenal entre esses marcos interruptivos. Além disso, o presente processo, autuado em 17/9/2018, não permaneceu por mais de três anos paralisado, pendente de julgamento ou despacho. Com efeito, podem ser mencionados, dentre outros atos, os despachos do ministro relator de 23/9/2020 e 21/6/2021 (peças 688 e 1145), que trataram, respectivamente, da análise de parcela do suposto dano e da inclusão, manutenção ou exclusão de alguns responsáveis no processo, caracterizando-se como atos que interferiram de modo relevante nas apurações, para fins do art. 8º, § 1º, da Resolução TCU 344/2022.

39. Assim, conclui-se que não se caracterizou a prescrição das pretensões punitivas e de ressarcimento em relação às irregularidades tratadas no presente processo.

40. Por fim, importante mencionar que, em 19/12/2022, foram proferidos julgamentos de mérito nos mandados de segurança 37.664, 37.705 e 37.728, impetrados por Guido Mantega, Joesley Mendonça Batista e JBS S/A, respectivamente, declarando a prescrição, em relação aos impetrantes, da pretensão sancionatória e de ressarcimento ao erário pelo Tribunal de Contas da União, nos autos desta tomada de contas especial (TC 033.879/2018-4).

41. Tal circunstância ensejou a juntada aos autos de requerimentos por diversos responsáveis pleiteando que as razões de decidir dos referidos julgados sejam aplicadas em seu favor, haja vista a identidade das situações (peças 1535, 1539, 1551 e 1560).

42. Ocorre que as mencionadas decisões do STF, proferidas monocraticamente, foram impugnadas mediante agravo regimental. Não houve, até o momento, julgamento dos referidos recursos (consulta ao andamento processual no site do STF realizada em 3/2/2023). De qualquer forma, por produzirem efeitos apenas entre as partes, essas decisões não interferem, em relação aos demais responsáveis arrolados no presente processo, na análise da prescrição apresentada nos parágrafos anteriores, efetuada em conformidade com a Resolução TCU 344/2022, que fixou o atual entendimento do TCU sobre o tema.

III

43. Passa-se à análise das irregularidades apontadas nos autos, iniciando-se pela primeira operação (aquisição de participação acionária da Bertin S/A).

44. Em relação à referida operação, o Tribunal, por meio do Acórdão 2.154/2018-Plenário, autorizou a realização de audiências dos responsáveis pela fase de enquadramento e a realização de citações dos responsáveis pela fase de avaliação/aprovação. Além disso, o despacho do relator de 14/3/2018 havia determinado a realização de audiências dos responsáveis pela fase de acompanhamento, cujas razões de justificativas foram analisadas no presente feito.

45. No que se refere à fase de enquadramento, o Acórdão 2.154/2018-Plenário especificou dois grupos de responsáveis: os agentes signatários da Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, que concluiu favoravelmente à operação, e os membros do Comitê de Enquadramento, que, na 135ª Reunião, acolheram a proposta.

46. Em relação aos primeiros, as irregularidades que ensejaram as respectivas audiências foram assim apresentadas no item 9.5.1 do Acórdão 2.154/2018-Plenário (grifamos):

recomendaram a operação de apoio financeiro a Bertin S/A, na modalidade de renda variável, para aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais e capital de giro, mediante a Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, **elaborada em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos,**

utilizando-se de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, com ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira (conforme descrito nas Seções III e IV do voto que fundamenta este acórdão), em descumprimento não só do art. 12 do Regulamento Geral de Operações, anexo à Resolução BNDES 862/96, bem como da missão do BNDES, seus valores, insculpidos no art. 3º do Estatuto Social do banco, c/c art. 4º, II, do Estatuto da BNDESPAR, mas também do disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76

47. Tais irregularidades haviam sido detalhadas da seguinte forma no voto do relator:

34. A análise inicial dessa solicitação de apoio financeiro, realizada por meio da instrução de enquadramento da operação – **IP AP/DEPRI 592/2007** – apresentou diversas falhas e irregularidades, quais sejam:

- a) foi elaborada em apenas dois dias úteis (§ 23 da instrução);
- b) de forma bastante superficial, contendo informações imprecisas e incorretas (§ 31 da instrução);
- c) resumiu-se quase que integralmente à transcrição de dados apresentados na consulta e em apresentações realizadas pela empresa (§§ 24 e 25 da instrução);
- d) apresentou grande número de inconsistências (§§ 26 a 48 da instrução), tais como:
 - i) ausência de observação do modelo de instrução de enquadramento constante da Resolução 862/2006-BNDES, especialmente ausência de determinadas informações contábeis e de perspectivas de geração de empregos (§§ 26 a 28 da instrução);
 - ii) falhas na apresentação dos objetivos da operação (§§ 29 e 40 a 42 da instrução);
 - iii) apresentação de quadro de usos e fontes excessivamente simplificado e com informações contraditórias com o texto do documento (§ 30 da instrução);
 - iv) análise de exposição do banco à empresa com elementos contraditórios e/ou incorretos (§§ 32 a 35 da instrução);
 - v) análise de risco da empresa imprecisa uma vez que incluiu informações referentes à holding (§§ 36 a 38 da instrução); e
 - vi) elevada imprecisão na estimativa de diversos valores relacionados à empresa solicitante do apoio (§§ 43 a 45 da instrução).

48. Na instrução de mérito, a unidade técnica propôs a rejeição das razões de justificativas dos responsáveis, o julgamento pela irregularidade das suas contas e a aplicação de multa.

49. Por um lado, reconheceu que não são aplicáveis 'a Resolução 862/2006 – BNDES, já revogada à época dos fatos, e os arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76, os quais não se aplicam aos empregados aqui arrolados, pois não integravam órgãos criados pelo estatuto do BNDES ou BNDESPAR, afastando-se a hipótese do art. 160 da lei'.

50. Além disso, também acolheu as alegações em relação ao apontado 'tempo exíguo' para elaboração da instrução de enquadramento, ante a apresentação de documentos que indicaram ter a análise do enquadramento se iniciado anteriormente à data registrada no sistema.

51. Afastou ainda as irregularidades relativas à ausência de indicadores econômicos específicos e à ausência de análise detalhada do endividamento, haja vista a constatação de que a análise na instrução que fundamentara o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário havia se baseado em disposição normativa inaplicável ao enquadramento.

52. Também entendeu, ao final, não haver irregularidade na utilização de informações da holding na análise de riscos, tampouco na adoção da classificação de risco então vigente.

53. Por outro lado, concluiu mesmo assim ter restado caracterizado que a instrução de enquadramento foi elaborada 'sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos' e 'com ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o

investimento do banco público traria para a sociedade brasileira’ (parágrafo 439 da instrução de mérito, peça 1457).

54. Ocorre que a ausência de profundidade e de efetiva análise criteriosa são conceitos imprecisos, sendo necessário identificar os fatos específicos que conduziram a unidade técnica a essa conclusão. Examinando-se os tópicos da instrução nos quais os argumentos das defesas foram analisados, depreende-se que, após afastadas as falhas relativas às alegações acolhidas, objetivamente remanesceram as seguintes irregularidades relativas à instrução de enquadramento, segundo a unidade técnica:

- não se teria avaliado o pleno atendimento ao interesse público (parágrafo 304 da instrução de mérito)
- ausência de análise e indicação dos benefícios em termos de geração de empregos, tal como exigido pelo modelo de instrução de enquadramento (parágrafo 353 da instrução de mérito);
- informações inconsistentes sobre os valores de possíveis aquisições de empresas e do quadro de usos e fontes (parágrafos 355 a 357 e 401 a 404 da instrução de mérito);
- informações inconsistentes sobre a exposição com o sistema BNDES (parágrafo 408 da instrução de mérito);

55. Anuímos à análise da unidade técnica no que se refere às alegações acolhidas, pelas razões nela apresentadas. No que se refere às falhas remanescentes, divergimos em parte, conforme exposto a seguir.

56. Aspecto essencial para o exame das irregularidades em questão consiste no nível de aprofundamento da análise requerido para a etapa de enquadramento.

57. Segundo a unidade técnica, os responsáveis buscaram conferir ‘uma importância menor, um caráter irrelevante no processo de concessão do apoio financeiro concedido à JBS pelo BNDES’, mas o que se constataria das normas ‘é que a instrução de enquadramento deve possuir tópicos em que deveriam ter sido analisados com maior profundidade quais seriam os atrativos e benefícios da operação, as dificuldades do mercado e outros relevantes aspectos’.

58. Ocorre que os normativos mencionados pela unidade técnica não estabeleciam objetivamente o grau de profundidade da análise – pelo menos nas passagens citadas na instrução –, tampouco deles se extrai, inequivocamente, que a análise deveria ter sido mais aprofundada do que aquela efetuada na instrução de enquadramento.

59. Como observado pela unidade técnica, as políticas operacionais vigentes à época do enquadramento eram consolidadas na Resolução BNDES 1.417/2007, cujo anexo elencava os ‘empreendimentos apoiáveis’ e os ‘empreendimentos não apoiáveis’:

1.5. EMPREENDIMENTOS APOIÁVEIS

- Implantação, ampliação, recuperação e modernização
- Inovação e desenvolvimento tecnológico
- Produção, comercialização, importação e exportação de bens e serviços
- Internacionalização de empresas de capital nacional (desde que associadas à promoção das exportações brasileiras)
- Reestruturação setorial/empresarial (sempre por meio de mecanismos de mercado de capitais)
- Investimentos em infra-estrutura urbana e social
- Investimentos sociais de empresas (destaque acrescido)

1.6. EMPREENDIMENTOS NÃO APOIÁVEIS

Quaisquer investimentos ou gastos de qualquer natureza nos setores:

- Empreendimentos imobiliários, tais como edificações residenciais, *time-sharing*, hotel-residência e loteamento
- Comércio de armas no país
- Atividades bancárias/financeiras, exceto no microcrédito

- Motéis, saunas e termas
- Empreendimentos do setor de mineração que incorporem processo de lavra rudimentar ou garimpo
- Empreendimentos relacionados a jogos prognósticos e assemelhados

1.7. ITENS NÃO APOIÁVEIS

- aquisição de terrenos e desapropriações
- custeio e gastos com manutenção corrente, exceto no caso de subscrição de debentures simples com garantia real, com garantia flutuante ou sem preferência (quirografárias), em ofertas públicas (Anexo III)
- Transferência de ativos, exceto em casos especiais de projetos de reativação de atividades produtivas e em operações de mercado de capitais
- Aquisição de software produzido no exterior, exceto quando associado a projetos de desenvolvimento tecnológico e inovação ou adaptações (customização/tropicalização) realizadas no país
- Ações e projetos sociais contemplados com incentivos fiscais
- Quaisquer despesas que impliquem em remessa de divisas, incluindo taxa de franquia paga no exterior
- Aquisição de animais para revenda

60. Importante ainda mencionar o modelo de instrução de enquadramento, constante do anexo II à Resolução 1358/2006, que contém os seguintes tópicos: ‘Histórico Sucinto e Contexto Operacional’, ‘Relacionamento com o Sistema BNDES’, ‘Controle de Capital’, ‘Dados Econômico-Financeiros’, ‘Objetivos’, ‘Dados de emprego’, ‘Quadro sintético de usos e fontes’, ‘Garantias oferecidas’, ‘Limite de Risco (Política de Crédito)’, ‘Síntese Macroambiental’, ‘Considerações, proposta e recomendações’.

61. De nenhum dos tópicos do modelo se depreende, inequivocamente, o grau de profundidade requerido para o exame na etapa de enquadramento. Destacam-se ainda os seguintes dispositivos da citada Resolução 1358/2006, específicos sobre o enquadramento (grifamos):

Art. 5º O pleito de colaboração financeira registrado no OPE em ‘nível 5’ **deverá ser objeto de apreciação pelo AP/DEPRI, na qualidade de responsável pela formalização de propostas previamente à sua ao Comitê de Enquadramento e Crédito (CEC)**, e pelas áreas operacionais pertinentes, previamente à sua submissão ao CEC.

Parágrafo Único: Após essa apreciação, o AP/DEPRI será responsável pelo encaminhamento, ao CEC, de instrução de Enquadramento nos prazos previstos nas normas internas do BNDES.

Art. 6º - **A Instrução de Enquadramento obedecerá a modelo elaborado de acordo com a natureza do postulante da colaboração financeira, conforme o ANEXO II desta Resolução, e deverá observar, dentre outros aspectos, todas as normas referentes às Políticas Operacionais, Financeira e de Crédito do BNDES.**

62. Acrescente-se, ainda, que a Resolução 1311/2006, em seu anexo, conferia ao Comitê de Enquadramento e Crédito, dentre outras, a atribuição de ‘apreciar os pedidos de colaboração financeira constantes das Cartas Consultas submetidas ao Sistema BNDES e decidir sobre seu enquadramento nas Políticas Operacionais, com comunicação à Diretoria’.

63. Por fim, deve-se ainda mencionar a Resolução 1.463/2007, que estabelecia as normas sobre o fluxo das operações, cabendo destacar, do capítulo referente ao ‘enquadramento’, os seguintes dispositivos (grifamos):

Capítulo I – DO ENQUADRAMENTO

Seção I – Procedimentos Gerais

Art. 8º. A solicitação de colaboração financeira orientada por esta norma deverá ser submetida às condições de Enquadramento do BNDES, observado o roteiro de Consulta Prévia disponibilizado ao postulante.

[...]

Art. 10. A análise da Consulta Prévia tem por finalidade:

I. verificar a sua adequação às Políticas Operacionais, Ambiental, Financeira e de Crédito do BNDES;

II. verificar a sua adequação ao respectivo Roteiro de Consulta Prévia e se contém os documentos necessários à elaboração do cadastro, da classificação de risco, da análise e classificação ambiental do projeto, quando couber;

III. verificar o atendimento às demais normas pertinentes.

Art 11. A Unidade responsável pela análise da Consulta Prévia deverá:

I. registrar o recebimento da Consulta Prévia nos sistemas operacionais;

II. atribuir um número de registro que servirá de referência interna para a operação;

III. sugerir ao postulante a Linha de Financiamento, Programa ou Produto mais adequado ao propósito da operação, se for o caso;

IV. solicitar a avaliação do risco de crédito do postulante e/ou grupo econômico;

V. solicitar o levantamento cadastral preliminar ou, se julgar necessário, o conclusivo;

VI. classificar a operação conforme as características de seu segmento operacional;

VII. indicar as Unidades responsáveis pela Análise da operação;

VIII. interagir com a Unidade responsável pela Análise da operação, a qual deverá se manifestar sobre o pleito de colaboração financeira, previamente à elaboração da Instrução de Enquadramento;

IX. elaborar Instrução de Enquadramento com proposta e justificativa para o acolhimento ou não da operação;

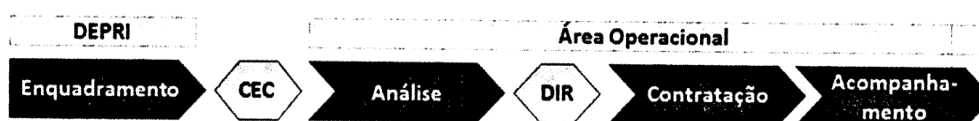
X. encaminhar a Instrução de Enquadramento ao órgão responsável pela decisão do Enquadramento; e

XI. encaminhar a Consulta Prévia à Unidade responsável pela Análise da operação.

Parágrafo Primeiro - O órgão responsável pela decisão do Enquadramento, considerando os potenciais impactos do projeto, poderá classificar a operação em segmento diverso daquele que resulte da atividade prevista no inciso VI deste Artigo.

64. Como se vê nos normativos citados, é inegável que a etapa de enquadramento compreendia análise das informações apresentadas pelo postulante. Contudo, de nenhum desses normativos é possível extrair objetivamente a amplitude ou a profundidade requerida para essa análise. Talvez a necessidade de verificação da adequação da consulta prévia ao 'roteiro de consulta prévia' (art. 10, II, da Resolução 1.463/2007, acima transcrito) pudesse fornecer parâmetros mais objetivos da análise a ser efetuada na etapa de enquadramento. Contudo, na instrução que fundamentou as audiências, não houve comparação da instrução de enquadramento com tal roteiro, tampouco com a própria Resolução 1.463/2007.

65. Embora a materialidade do aporte pleiteado (R\$ 3,5 bi) sugira, por si, a necessidade de análise profunda e circunstanciada para fins de enquadramento – bem como a caracterização de erro grosseiro pela sua não realização –, tal presunção cede diante da existência da etapa de análise propriamente dita, posterior à etapa de enquadramento, conforme o fluxo de processamento dos pedidos:



66. Segundo tal fluxo, previsto na Resolução 1.463/2007, a própria apresentação do projeto é etapa posterior ao enquadramento, que se baseia no documento denominado ‘consulta prévia’ (grifamos):

Art. 1º. Esta norma define as atividades a serem realizadas pelas Unidades responsáveis do BNDES, aplicáveis ao fluxo das operações diretas e indiretas não-automáticas, no âmbito dos Produtos FINEM, Empréstimo-Ponte e Subscrição de Valores Mobiliários em ofertas privadas.

[...]

Art 3º. O fluxo referido no Artigo 1º poderá compreender, de acordo com a classificação da operação, as seguintes fases:

I. Enquadramento;

II. Apresentação do Projeto;

III. Análise;

IV. Contratação;

V. Acompanhamento; e/ou

VI. Quitação ou Desinvestimento.

67. Na realidade, o próprio termo ‘enquadramento’, utilizado para designar a etapa inicial do fluxo, já sugere o propósito de se verificar se o pedido se ‘encaixava’ nas políticas do banco. Se, por exemplo, estava contemplado dentre os ‘empreendimentos apoiáveis’ ou nos ‘empreendimentos/itens não apoiáveis’ elencados na Resolução 1.417/2007, que, como mencionado, consolidava as políticas operacionais do BNDES.

68. Assim, não se pode descartar a hipótese alegada pelos defendentes, no sentido de que a etapa de enquadramento requeria análise sucinta, uma espécie de ‘filtro’ para permitir o prosseguimento para a etapa de análise apenas dos pedidos a princípio adequados às políticas da instituição, e descartar aqueles de plano incompatíveis.

69. Constavam entre os empreendimentos apoiáveis previstos nas políticas operacionais do BNDES vigentes na época (Resolução 1.417/2007) a ‘produção, comercialização, importação e exportação de bens e serviços’ e a ‘internacionalização de empresas de capital nacional (desde que associadas à promoção das exportações brasileiras)’, conforme trecho do anexo da referida resolução, anteriormente transcrito neste parecer.

70. Além disso, pode-se mencionar a alegação dos responsáveis de que a operação em questão estava alinhada com a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), posteriormente sucedida pela Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP).

71. Os seguintes excertos do encarte sobre a PDP (peça 1438, p. 20 e 28-31), em parte já destacados pela unidade técnica em sua instrução de mérito, merecem atenção (grifamos):

A terceira macrometa refere-se à inserção internacional do Brasil. Entre as formas de internacionalização de empresas, duas se destacam: o atendimento de mercados externos, por meio de exportações, ou o investimento direto no exterior para instalação de representações comerciais ou implantação de unidades produtivas. A experiência internacional aponta para uma forte relação entre estas duas formas de internacionalização, ocorrendo, muitas vezes, que a instalação de unidade produtiva no exterior seja antecedida pela ocupação de mercados via exportações.

[...]

PROGRAMAS ESTRUTURANTES PARA SISTEMAS PRODUTIVOS

Os Programas Estruturantes para Sistemas Produtivos são o principal instrumento para a

consecução das Metas-País e recobrem uma grande diversidade de sistemas produtivos. Cada um dos programas tem objetivos específicos, refletindo as estratégias de médio/longo prazos aplicáveis a cada caso: — **liderança mundial, conquista de mercados, focalização, diferenciação e ampliação de acesso.**

Como já observado, a configuração dos programas, no que se refere aos instrumentos disponíveis (incentivos, regulação, poder de compra, apoio técnico) foi adequada às especificidades e necessidades de cada Sistema. Em alguns casos, o foco do programa está na criação de incentivos ao investimento fixo; em outras situações, no estímulo ao comportamento inovativo ou no fomento ao adensamento de cadelas produtivas.

Espelhando essa diversidade, foram definidas três categorias de programas:

[...]

- Programas para Consolidar e Expandir a Liderança: contemplam setores e empresas que têm projeção internacional e capacidade competitiva, e que buscam consolidar e expandir esta liderança. Em sua maioria, incluem sistemas produtivos com investimentos de longo prazo em curso, de grande volume, com financiamento estratégico do setor público.

Os Programas para Expandir Liderança contemplam o Complexo Produtivo do Bioetanol, o Complexo Industrial do Petróleo, Gás e Petroquímica, o Complexo Aeronáutico **e os Complexos Produtivos de Commodities, como** Mineração, Siderurgia, Celulose **e Carnes** e têm por objetivo reforçar a competitividade do País pela consolidação e realização de novos investimentos, **com ênfase na inovação e na internacionalização de empresas.**

72. Ainda no âmbito da PDP, havia o tópico específico ‘**Programa para Expandir a Liderança Carnes**’ (TC 013.940/2009-6, anexo V, p. 151-155).

73. O referido programa apontava como estratégia ‘**Liderança mundial e conquista de mercados**’, tendo como objetivos: ‘(i) **Consolidar o Brasil como o maior exportador mundial de proteína animal**; (ii) **Fazer do Complexo Carnes o principal setor exportador do agronegócio brasileiro**’. Dentre suas diretrizes, constava ‘**assegurar fluxo de recursos para crédito de custeio, investimento e comercialização**’.

74. Como observado pela unidade técnica, a PDP nem sequer foi mencionada nas fundamentações constantes dos documentos produzidos nas etapas de enquadramento e de análise da operação sob exame, embora tenha sido apontada nas justificativas apresentadas pelo BNDES aos questionamentos do TCU e nas alegações dos responsáveis. De fato, a PDP foi lançada em maio de 2008¹, pouco após a elaboração da instrução de enquadramento e do relatório de análise (outubro de 2007 e março de 2008, respectivamente), motivo provável pelo qual não foi citada nos referidos documentos. Contudo, é razoável concluir que já houvesse orientações no sentido do incentivo à consolidação/expansão de empresas com projeção internacional e capacidade competitiva do setor de carnes, não só pela proximidade temporal com o lançamento da PDP, como pelo fato de o referido programa ter sido antecedido pela Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), que já sinalizava nessa direção, conforme se depreende do seguinte estudo da ABDI, publicado em 2006, que apresentou um balanço sobre a PITCE² (grifamos):

5.1.2 Inserção externa / exportações

[...]

As ações, nessa área, voltam-se para a expansão sustentada das exportações e ampliação da base exportadora pela incorporação de novos produtos, empresas e negócios. Inclui: a) apoio às

¹ https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7375/1/ppp_n47_pol%C3%ADtica.pdf, acesso em 3/1/2023

² https://enfpt.org.br/acervo/documentos-do-pt/outros-documentos/politica_industrial_tecno_comercio_exterior.pdf, acesso em 27/12/2022

exportações, com financiamento, simplificação de procedimentos e desoneração tributária; b) promoção comercial e prospecção de mercados; c) estímulo à criação de centros de distribuição de empresas brasileiras no exterior e à sua internacionalização; d) apoio à inserção em cadeias internacionais de suprimentos; e) apoio à consolidação da imagem do Brasil e de marcas brasileiras no exterior.

[...]

Apoio à internacionalização de empresas brasileiras. O Ipea mostrou que tal movimento é salutar para a economia, para as exportações e para o emprego (Arbix, Salerno e De Negri, 2004; Salerno e De Negri, 2005). **Um país que almeja uma posição mais destacada no cenário das nações não pode prescindir possuir as ‘suas’ multinacionais, dadas as evidentes vantagens comerciais, tecnológicas e políticas.** Assim, o BNDES criou em 2004 uma linha para financiar a expansão internacional de empresas brasileiras – financiar a criação de multinacionais brasileiras – e a consolidação de marcas brasileiras no exterior, já havendo operações contratadas. No mesmo sentido, a ABDI está articulando o Condomínio Europa-Brasil, pólo de hardware e software financeiro em Portugal, para disputar os mercados europeu, asiático e africano.

75. Nesse contexto, não há grandes dúvidas sobre o propósito, nas políticas públicas executadas por meio do BNDES, na época, de consolidar a liderança de empresas com projeção internacional. Do estudo ‘Política Industrial no Brasil: Uma Análise das Estratégias Propostas na Experiência Recente (2003-2014)’³, publicado em 2016, destaca-se o seguinte excerto (grifamos):

A previsão de recursos que seriam disponibilizados pelo BNDES para a indústria, entre 2008 e 2010, era de R\$ 210 bilhões (Brasil, 2008, p. 24), enquanto na Pitce, entre 2003 e 2005, esse valor foi de R\$ 122 bilhões (Salerno e Daher, 2006, p. 28). Portanto, houve um crescimento de 72% nesses recursos, indicando um fortalecimento do banco enquanto instrumento de política industrial. **Vale lembrar que o BNDES foi a instância responsável pelos sete programas que objetivavam a expansão e a consolidação da liderança de empresas nacionais. Neste sentido, pode-se argumentar que esse foi um dos eixos centrais da PDP, o que a aproxima de um caráter desenvolvimentista.**

76. Da instrução de enquadramento, por sua vez, podem-se destacar os seguintes trechos que, dentre outros, indicam a compatibilidade, em tese, do pedido veiculado na carta consulta com as políticas operacionais e com a PDP, notadamente no tocante à consolidação/expansão da liderança de empresa do setor de carnes com projeção internacional (no caso, a Bertin) e o aumento de exportações (grifamos):

2 - PROJETO

2.1 – Objetivo do Projeto

A Bertin S.A. solicita apoio financeiro do BNDES, por meio de participação acionária, para aquisição de empresas, dentro de sua estratégia de consolidação/internacionalização, e para investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes e implantação de novas unidades industriais, incluindo capital de giro.

Com a efetivação dessa operação, o Grupo Bertin pretende se estabelecer como um dos principais players mundiais no segmento de proteína animal – bovinos, suínos e aves – e nos setores correlatos, visando seu fortalecimento nesta cadeia produtiva. Com relação às aquisições internacionais, além das infra-estruturas físicas serão incorporados ao negócio da Bertin suas marcas e seus canais de distribuição, o que possibilitará o aumento das exportações

³ https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7375/1/ppp_n47_pol%C3%ADtica.pdf, acesso em 3/1/2023

brasileiras. De forma resumida, a **estratégia da Bertin é diversificar os negócios dentro do segmento de proteína animal**, passando a atuar também nos mercados de frango e suínos; minimizar riscos fitossanitários, espalhando-se geograficamente; **e acessar novos mercados, adquirindo novos canais de distribuição.**

A tabela a seguir indica as empresas que **estão sendo analisadas** e tratadas como **possíveis alvos de aquisição da Bertin**. Cabe ressaltar, que **outras oportunidades poderão ser acrescentadas nesta listagem conforme o andamento das negociações**. **Os valores demonstrados são preliminares**, calculados com base nas informações disponíveis, **e representam, apenas, estimativas de valor para a compra de 100% das ações**, considerando a estrutura de capital atual de cada empresa.

dados em US\$ milhões

País	2006		Valor da Empresa	Estratégia
	Faturamento	EBITDA		
Espanha	1.191,4	117,0	1.286,6	Bertin já é fornecedora <u>e com a aquisição compraria canal de distribuição da marca na Europa</u>
Argentina	147,8	11,5	115,0	<u>A Argentina é um dos quatro mais importantes produtores mundiais de carne e a Bertin ainda não está presente neste mercado produtor e consumidor.</u> Possui carne de alta qualidade, considerada <i>premium</i> pelo mercado internacional. A aquisição também é estratégica tendo em vista que seu principal concorrente (JBS) é líder neste mercado.
EUA	300,0	12,0	50,0	<u>Os EUA estão entre os maiores produtores e consumidores de carne. A compra desta empresa dá acesso a marcas e canal de distribuição. Possibilita aumento das exportações de carne processada. Acesso a mercados ainda fechados para o Brasil, preparando-se, previamente, para quando estes forem abertos para o produto brasileiro.</u>
Paraguai	50,0	4,0	35,0	<u>Diversificação do risco fitossanitário</u>
Itália	120,0	6,0	50,0	<u>Bertin já é fornecedora e com a aquisição compraria canal de distribuição da marca.</u>
Austrália	279,0	7,0	98,0	<u>A Austrália é um importante produtor e consumidor de carne. A compra desta empresa dá acesso a marcas e canal de distribuição locais e diversifica geograficamente o risco fitossanitário. Acesso a mercados ainda fechados para o Brasil, preparando-se, previamente, para quando estes forem abertos para o produto brasileiro.</u>
Brasil	1.715,0	73,0	876,0	Bertin já é fornecedora e com aquisição compraria canal de distribuição e marca valorizada no Brasil. A empresa também entraria no mercado de carne de frango.
Brasil	465,0	(26,0)	372,0	Ampliação do portfólio (frangos e derivados) e sinergias nos canais de distribuição.
Brasil	6.106,0	331,2	6.722,0	Potencial de aquisição tornaria a empresa uma das maiores empresas de alimentos do mundo. A Bertin passaria a comercializar outras proteínas animais, como aves e suínos.
Brasil	132,0	8,0	84,0	Ampliação do portfólio dos produtos <i>dog toys</i> e aquisição dos canais de distribuição.
Brasil	900,0	90,0	1.100,0	Ampliação do portfólio (laticínios) e sinergias nos canais de distribuição

*Valores estimados pela Bertin

[...]

3 – CONSIDERAÇÕES, PROPOSTA E RECOMENDAÇÕES

Apesar da operação ser operacionalmente complexa e possuir riscos elevados associados, tendo em vista do porte de potenciais alvos de aquisição por parte da Bertin, este movimento de consolidação/internacionalização do Grupo, seguindo uma tendência clara de consolidação do setor a nível mundial, trará vantagens competitivas inegáveis para a empresa e possibilitará o aumento de suas exportações.

A Bertin detém um amplo *know how* do setor em todos os seus aspectos, operacional, comercial e econômico-financeiro. Se a operação for concluída com sucesso, essas aquisições transformarão a Bertin em empresa com estrutura suficiente para concorrer com os grandes *players* do setor a nível mundial. A ideia é estimular a inserção e o fortalecimento de empresas de capital nacional no mercado internacional.

Tendo em vista os méritos da operação, propõe-se o seu enquadramento, na modalidade de renda variável, no valor de até R\$ 3.500 milhões (três bilhões, quinhentos milhões de reais), observadas as recomendações a seguir:

- proceder a capitalização da empresa em parcelas na medida em que forem concluídas as negociações de aquisição; e
- verificar, durante a fase de análise, a possibilidade de incluir financiamento a projetos sociais.

77. Percebe-se, na instrução de enquadramento, que o pedido do aporte financeiro se fundamentava, entre outros propósitos, expressamente em proporcionar condições para a internacionalização da Bertin, com aumento de exportações, mediante aquisição de outras empresas que poderiam, por exemplo, dar acesso a marcas e canais de distribuição em outros países.

78. Trata-se de finalidade compreendida entre os ‘empreendimentos apoiáveis’ previstos nas políticas operacionais vigentes (Resolução BNDES 1.417/2007) e entre os objetivos dos programas estruturantes da Política de Desenvolvimento Produtivo, como visto anteriormente, que continha expressamente programa para expandir e consolidar a liderança mundial no setor de carnes.

79. Além disso, na ocasião, não havia normatização específica para as operações em renda variável. A política específica para esse tipo de operação foi instituída em 2012, por meio da Resolução BNDES 2272/2012, atendendo à recomendação do TCU exarada por meio Acórdão 2.618/2011-TCU-Plenário.

80. Tal normativo estabeleceu, em seu art. 4º, que as operações em renda variável deveriam ter como objetivo ‘o fortalecimento da estrutura de capital das empresas brasileiras, a promoção das melhores práticas de gestão, governança e sustentabilidade, o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro e a criação de valor para a carteira de valores mobiliários da BNDESPar’.

81. A operação sob exame teve, dentre outros, explícito propósito de fortalecer a estrutura de capital de empresa brasileira (a Bertin) e de promover melhores práticas de gestão, governança e sustentabilidade.

82. Nesse sentido, constou expressamente do relatório de análise (Relatório Conjunto AMC/DEINV 01/08 e AI/DEAICO 08/08, que será analisado mais detidamente no tópico seguinte deste parecer) que uma das estratégias de crescimento da Bertin objeto de apoio pelo BNDESPar era a ‘preparação para o ingresso no Mercado de Capitais’, o que consistiria na ‘profissionalização da gestão e adoção das melhores práticas de governança corporativa, preparando a empresa para a abertura de seu capital no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA’. Ainda segundo o relatório de análise, entre outras exigências que seriam previstas no acordo de acionistas, constava a ‘obrigação dos Controladores de promoverem a abertura do capital em 2 anos, prorrogável por mais 1 período de 6 meses, com registro de suas ações no Novo Mercado’. Também constou obrigação da companhia de implementar certas medidas de caráter sócio-

ambiental, a exemplo de certificação ISO 14.000 e sistema de gestão ambiental corporativo integrado, bem como desenvolver cadastro de fornecedores da cadeia de produção de carne bovina que atendesse a critérios mínimos de legalidade, rastreabilidade, regularidade ambiental e regularização fundiária, investindo, para tanto, valor mínimo anual de trinta milhões de reais.

83. Sabe-se que a melhoria da governança e a profissionalização da gestão foram objetivos que não vieram, ao final, a se concretizar na Bertin, mas foram propósitos declarados e há relatos de esforços concretos tomados nesse sentido, a exemplo da contratação de consultoria empresarial (relatório de análise, p. 15-16) e de profissionais para cargos na diretoria executiva (Relatório V da Comissão de Apuração Interna, peça 1067 do TC 034.935/2015-0, p. 13-14).

84. Especificamente sobre a subscrição de valores mobiliários, a Resolução BNDES 2272/2012 também estabeleceu que os investimentos do BNDESPar em empresas deveriam ter como finalidade apoiar planos de negócios que envolvessem, dentre outros, ‘modernização e expansão’, ‘consolidação (movimentos de aquisição e fusão que visem consolidar a posição competitiva de empresas brasileiras)’, ‘internacionalização’ e ‘reestruturação empresarial (melhoria da estrutura de capital das empresas apoiadas, em operações que resguardem os direitos econômicos de participações minoritárias)’.

85. A aquisição de participação acionária da Bertin pelo BNDESPar teve como objetivo declarado justamente apoiar plano de negócios que previa a realização de investimentos em modernização e expansão, a consolidação (mediante aquisição de outras empresas, com vistas a consolidar a posição competitiva da Bertin), a internacionalização e a melhoria da estrutura de capital, estando, portanto, em grande consonância com a Resolução BNDES 2272/2012. Embora tal resolução seja posterior à operação ora analisada, é plausível supor que tenha vindo a formalizar orientações anteriormente existentes no banco estatal.

86. Assim, não parece desarrazoado concluir que o pedido de aporte financeiro em questão se apresentava, ao menos aparentemente, em tese ‘enquadrável’ dentre os pedidos passíveis de apreciação pelo setor de análise do BNDESPar, considerando-se ainda que os normativos apontados não definiam objetivamente o grau de aprofundamento requerido para o exame na etapa de enquadramento.

87. A unidade técnica afirmou que não seria possível concluir que as operações (aporte inicial e incorporação) possuíam alinhamento com a PDP ‘sem uma análise mais detida dos impactos esperados, a fim de verificar se, de fato, poderiam contribuir para o alcance dos objetivos da política’ e que seria necessário ‘demonstrar um real compromisso com esse objetivo e com a produção de impactos positivos, como a expansão das exportações brasileiras’.

88. De fato, a instrução de enquadramento e o relatório de análise (que será tratado mais detidamente adiante) poderiam ter sido mais explícitos sobre o interesse público que se pretendia satisfazer com o vultoso aporte de recursos na Bertin, apresentando de forma mais específica os benefícios econômicos e sociais esperados das aplicações previstas no plano de negócios da Bertin e detalhando como viriam a ser alcançados.

89. Contudo, deve ser levado em consideração que a Bertin era cliente tradicional do BNDES na época – segundo informado na instrução de enquadramento –, de modo que os benefícios do apoio financeiro à empresa e o seu alinhamento com as políticas públicas então vigentes provavelmente já eram conhecidos pelo banco estatal. Assim, o nível de detalhamento da justificativa para a operação considerado satisfatório na época pelo BNDES, que já acompanhava a empresa há mais tempo, pode ter sido inferior ao considerado adequado pelo TCU, sem que isso necessariamente signifique irregularidade, ou, pelo menos, sem que possa ser considerado como erro grosseiro, pois, como visto nos parágrafos anteriores, é possível observar, em linhas gerais, consonância entre os objetivos declarados para o aporte de recursos na Bertin e as diretrizes da PDP, que expressamente contemplavam a consolidação/expansão de liderança mundial no setor de

carnes, e as disposições da Resolução 2272/2012, que sobreveio para disciplinar as operações em renda variável.

90. Nesse contexto, vale destacar que, em resposta aos questionamentos da equipe de auditoria do TCU, por meio da Nota Técnica AMC/DEPAR 28/16, de 11/5/2016 (peça 68 do TC 034.935/2015-0), o BNDES reforçou tal fundamentação, associando expressamente o investimento na Bertin às diretrizes da PITCE e, principalmente, da PDP, acrescentando que a operação, além de apoiar a consolidação e internacionalização do setor, estabeleceu para a companhia obrigações socioambientais, tais como desenvolvimento de cadastro de fornecedores com critérios de legalidade, rastreabilidade e regularidade e implementação de sistema de gestão ambiental e certificação socioambiental – tais obrigações socioambientais, de fato, foram estabelecidas no relatório de análise da operação.

91. A unidade técnica apontou ainda informações ‘inconsistentes sobre os valores de possíveis aquisições de empresas e do quadro de usos e fontes’ e ‘inconsistentes sobre a exposição com o sistema BNDES’.

92. Depreende-se das manifestações da unidade técnica que o primeiro grupo de inconsistências caracterizou-se pela discrepância entre o valor apontado no quadro de usos fontes para o item ‘Internacionalização/Aquisições’ (R\$ 3 bilhões) e os valores constantes do próprio texto da instrução de enquadramento referentes às empresas passíveis de aquisição (total de US\$ 10.803,60 milhões, sendo US\$ 6,722 bilhões o valor de apenas uma empresa), bem como entre o valor no quadro de usos e fontes do item ‘Modernizações/Expansões/Capital de Giro’ (R\$ 500 milhões) e os valores constantes investimentos em expansões e modernizações, da ordem de R\$ 1,047 bilhão.

93. Os valores para as empresas passíveis de aquisição e para os investimentos previstos foram assim apresentados no texto da instrução de enquadramento:

A tabela a seguir indica as empresas **que estão sendo analisadas** e tratadas **como possíveis** alvos de aquisição da Bertin. Cabe ressaltar, que **outras oportunidades poderão ser acrescentadas nesta listagem conforme o andamento das negociações. Os valores demonstrados são preliminares,** calculados com base nas informações disponíveis, **e representam, apenas, estimativas de valor** para a compra de 100% das ações, considerando a estrutura de capital atual de cada empresa.

[tabela já reproduzida no parágrafo 76 deste parecer, contendo relação de empresas e valores]

Além das aquisições, até 2017, **a Bertin prevê investimentos de expansão da sua capacidade de R\$ 821.777 mil** no segmento de alimentos, no Brasil, Paraguai e Uruguai; **de R\$ 143.880 mil**, no segmento de couro; **e de R\$ 81.656 mil**, em higiene e beleza.

Considerando os objetivos acima apresentados, a Bertin SA pleiteia o aporte de capital no valor de R\$ 3.500 milhões que corresponde, segundo a empresa, a 25% da totalidade das ações emitidas por ela.

94. Sobre essa apontada inconsistência, dois aspectos merecem destaque:

95. O primeiro é que, ao menos em relação às empresas a serem adquiridas, o texto da instrução de enquadramento deixa claro que são apenas dados preliminares sobre possíveis alvos de aquisição, sendo que outras empresas poderiam ser acrescidas posteriormente à listagem.

96. Não foi afirmado que se pretendia adquirir todas aquelas empresas, tampouco especificamente alguma delas. Nem mesmo se pode concluir que se pretendia adquirir, necessariamente, alguma das empresas listadas, uma vez que a informação as trata tão somente como possíveis alvos. Reforçando essa percepção, a instrução de enquadramento, em sua conclusão,

propôs que a capitalização da empresa fosse efetuada em parcelas, ‘na medida em que fossem concluídas as negociações de aquisição’.

97. Assim, a contradição entre o valor previsto no quadro de usos e fontes ‘Internacionalização/Aquisições’ (R\$ 3 bilhões) e o valor total das empresas relacionadas, ou de alguma em particular, é apenas aparente, pois não se afirmou pretensão de aquisição de todas as empresas relacionadas, nem de alguma especificamente.

98. O modo como as informações em questão foram apresentadas sugere, na realidade, que se pretendeu apenas indicar a existência de possibilidades/oportunidades de investimento que poderiam justificar o processamento do pedido pelo BNDES.

99. Embora se possa argumentar que o atendimento a pedido de recursos da ordem de 3,5 bilhões de reais com objetivo de internacionalização da empresa postulante esteja amparado em dados relativos a ações e alvos concretos de aquisição, e não em mera lista especulativa, esse ponto conduz ao segundo aspecto, que diz respeito ao já discutido escopo da análise na fase de enquadramento.

100. A questão é se consiste em etapa da qual se espera análise aprofundada da consistência e viabilidade do pedido ou apenas seu ‘enquadramento’, em tese, dentre os empreendimentos apoiáveis ou não apoiáveis, segundo as políticas então vigentes, a fim de possibilitar seu prosseguimento para a fase de ‘análise’ propriamente dita.

101. Como já dito, os normativos do BNDES não definiam objetivamente o grau de aprofundamento requerido para a análise que deveria ser efetuada na etapa de enquadramento, sendo que a segunda hipótese mostra-se coerente com o fato de que o fluxo do processamento do pedido previa a apresentação do projeto e sua análise em etapas posteriores ao enquadramento.

102. Ademais, há também de se considerar que a Bertin efetivamente adquiriu empresas entre 2007 e 2008, algumas delas do exterior, o que, ao menos em tese, sugere que havia plausibilidade na carta consulta.

103. A unidade técnica ainda apontou como inconsistência o fato de ter constado valor equivocado (a maior em R\$ 431 milhões) de uma operação na relação apresentada no item da instrução de enquadramento relativo à exposição do sistema BNDES, erro que foi reconhecido pelo banco.

104. A despeito do elevado valor da inconsistência, que parece decorrer de erro material (duplicação do valor de uma das operações de financiamento), de fato não se constata impacto na aprovação do enquadramento, seja porque as operações de aquisição acionária tinham limite específico, diverso do limite de exposição relativo às operações de financiamento, seja porque a informação correta seria em tese mais favorável à aprovação, já que a exposição real do sistema era inferior à constante da instrução de enquadramento.

105. Outra inconsistência apontada pela unidade técnica consistiu no próprio pedido de R\$ 3,5 bilhões, pretensamente correspondentes a 25% da totalidade das ações da Bertin, ‘que indicava um valor de empresa equiparado às maiores do mundo no setor, e muito acima do seu ativo total, apontado na própria IP’, sem crítica alguma.

106. Mais uma vez, a caracterização da possível irregularidade passa pelo grau de aprofundamento requerido da instrução de enquadramento, ou seja, se era exigido do exame empreendido nesta etapa alertasse para esse tipo de inconsistência.

107. O valor total da Bertin veio a ser objeto de estimativa em etapa posterior (etapa de avaliação), na qual inclusive foi expressamente comparado com os valores de outras empresas do setor (p. 51 do relatório de análise). Tal circunstância sugere que a ausência desse tipo de questionamento na fase de enquadramento não exporia o BNDES a riscos significativos, uma vez que o valor viria a ser examinado com mais detalhes na etapa de análise.

108. Quanto à ausência de demonstração dos benefícios em termos de geração de emprego, de fato o modelo da instrução de enquadramento vigente na época, anexo à Resolução 1358/2006, continha o campo ‘Dados de Emprego’, o qual, segundo a descrição exemplificativa constante do próprio campo, deveria conter a quantidade de empregados da empresa pleiteante e a quantidade esperada de aumento/redução do efetivo com a implementação do projeto.

109. Contudo, a instrução de enquadramento mencionou apenas que a Bertin Ltda., antecessora da Bertin S.A., gerava cerca de 30.000 empregos diretos, deixando de informar a expectativa de aumento/redução em decorrência do projeto.

110. Nesse ponto, vale mencionar que, como apontado pelos responsáveis e reconhecido pela unidade técnica, o Acórdão 2.154/2018-Plenário equivocadamente fundamentou as irregularidades no descumprimento da Resolução 862/1996-BNDES, em vez da Resolução 1358/2006.

111. A nosso ver, a simples remissão normativa equivocada não caracteriza violação ao direito de defesa, se já havia, na época, outra norma que estabelecia idêntica exigência, considerando por analogia o entendimento de que os responsáveis/acusados se defendem dos fatos, e não da classificação legal (STF RMS 36478 AgR, julgado em 23/11/2021; Acórdão 2.156/2019-TCU-Plenário). De qualquer forma, a audiência dos responsáveis sobre a ausência da demonstração de benefícios em termos de geração de empregos também foi fundamentada no descumprimento da missão institucional do BNDES, que era ‘promover o desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira, **com geração de emprego** e redução das desigualdades sociais e regionais’.

112. A principal alegação dos responsáveis quanto ao mérito dessa questão é que o modelo de instrução de enquadramento da época não era específico para operações de renda variável, de modo que nem todos os campos seriam aplicáveis a esse tipo de operação. Esse seria o caso da estimativa da quantidade de empregos a serem gerados, passível de ser efetuada com maior precisão nas operações de renda fixa, que contemplavam projetos específicos. Já nas operações de renda variável, que objetivam apoiar o plano de negócios, seria mais difícil estimar a quantidade de empregos a serem gerados.

113. Essa é uma alegação que carece de comprovação, pois não foram apontadas outras operações em renda variável nas quais a instrução de enquadramento não tenha apresentado estimativas de geração de empregos, o que poderia demonstrar que, de fato, não era praxe apresentar essas informações nas operações da espécie.

114. Não obstante essa ausência, a omissão em questão não é suficiente, por si só, para ensejar o julgamento pela irregularidade das contas e a aplicação de multa aos responsáveis. Como visto, é possível extrair dos autos que o objetivo precípuo do aporte de recursos na Bertin foi contribuir para a consolidação/expansão da liderança mundial no setor de carnes, o que se ajustava às políticas públicas da época, notadamente por ser um objetivo expressamente declarado na PDP. Assim, não se pode considerar como erro grosseiro a premissa de que a avaliação dos benefícios a serem alcançados, inclusive a geração de empregos, tenha sido compreendida na formulação da política pública. Ademais, os dados sobre geração de empregos também seriam apresentados na fase de análise, de modo que a omissão dessa informação na fase de enquadramento pode ser considerada como impropriedade, ensejando tão somente a ressalva das contas dos responsáveis.

115. Por fim, cumpre mencionar que a operação de aquisição acionária da Bertin pelo BNDESPar havia sido objeto de exame, embora superficial (pois não constava do escopo da fiscalização), por equipe de auditoria do TCU no âmbito do TC 013.940/2009-6, tendo constado expressamente do relatório do Acórdão 3.142/2010-Plenário a percepção da sua compatibilidade com a Política de Desenvolvimento Produtivo (grifamos):

4. ACHADOS NÃO DECORRENTES DA INVESTIGAÇÃO DE QUESTÕES DE AUDITORIA

4.1. Participações Acionárias da BNDESPAR

138 Conforme mencionado nos parágrafos 30, do item 2.5 – Metodologia, e 32, do item 2.6 – Volume de Recursos Fiscalizados, **foram detectadas, identificadas e verificadas, por métodos de sondagem não interferentes, aquisições de participações acionárias pela BNDESPAR em empresas do setor de frigoríficos de abate de bovinos**, no período, que foram confirmadas pela auditada por meio da nota técnica AMC/DEPAC n.º 34/2009 (em resposta ao ofício de requisição n.º 651), no montante de R\$ 5.700.000.000, o que representa mais de 20% do total da carteira de investimentos dessa empresa de participações.

139. No período, a BNDESPAR adquiriu participações em quatro empresas do segmento de bovinos (fls. 02 Anexo 6 - nota técnica AMC/DEPAC n.º 34/2009), conforme apresentado da tabela 9, adiante.

140. **A princípio esses investimentos têm sua legitimidade administrativa respaldada pela Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP (Anexo 5) e têm como fim último contribuir para situar sistemas produtivos brasileiros em posição de liderança mundial, sendo o segmento de abate de bovinos elegível com base na premissa de alto grau de competitividade da pecuária brasileira.**

TABELA 9

Data do Primeiro Contrato	Empresa	Valor em Milhões (R\$)	Participação Acionária da BNDESPAR (%)
17/04/2008	BERTIN	2.500	26,92
03/07/2007	JBS	2.133	19,42
27/06/2007	MARFRIG	818	14,66
12/11/2008	INDEPENDÊNCIA	250	21,81
	TOTAL	5.700	

141.É imprescindível notar que as participações acionárias constituem-se em ativos essencialmente diferentes dos ativos constituídos por créditos gerados por operações de financiamento. Nas operações de participações o Estado brasileiro, por meio da BNDESPAR torna-se sócio da empresa, o que é fundamentalmente diferente de ser seu credor. Nestes casos não há que se falar em risco de crédito, uma vez que não há concessão de crédito, os riscos envolvidos são diferentes e de complexidade bem mais elevada.

116. Mesmo entendendo-se que tal exame não fez ‘coisa julgada’, não impedindo a reanálise da questão de forma mais aprofundada – o que foi sustentado anteriormente neste parecer –, trata-se de elemento adicional em desfavor da caracterização do enquadramento da referida operação como erro grosseiro.

117. Ante o exposto, conclui-se pela não caracterização da ocorrência de falhas no enquadramento da operação de aquisição de participação acionária da Bertin S/A graves o suficiente para ensejar a aplicação de penalidades aos agentes que atuaram nessa etapa, sejam os integrantes da equipe que elaborou a instrução de enquadramento, sejam os membros do Conselho de Enquadramento, que nela se basearam, sem prejuízo de se ressaltar as contas dos responsáveis pela elaboração da referida instrução.

118. Quanto à fase de análise da operação de aquisição de participação acionária da Bertin, os responsáveis foram citados, por determinação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, em razão das seguintes falhas e irregularidades no relatório de análise AMC/DEIMV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008, supostamente dando causa a dano ao patrimônio do BNDES no montante de R\$ 670.000.000,00, caracterizado pela perda de valor observado no investimento realizado na empresa Bertin S/A, modalidade renda variável, por meio da aquisição de ações da referida empresa, no valor original total aproximado de R\$ 2,5 bilhões (dois bilhões e quinhentos milhões de reais):

9.4.1.1. elaborado em tempo exíguo, 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, com falta de zelo com os recursos públicos, demonstrada na ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos, já que o Plano de Negócios apresentado para respaldar a operação não indicava onde efetivamente os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto e o objeto social da BNDESPAR, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, mas também as circunstâncias que os cercavam, com descumprimento dos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.2. que não continha um levantamento apropriado do endividamento da recém-criada Bertin S/A, com descumprimento do disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.3. 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 com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA, com descumprimento não só da missão do BNDES e de seus valores, insculpido no art. 3º do seu Estatuto Social, c/c art. 4º, II, do Estatuto Social da BNDESPAR, mas também do disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.4. que propunha a realização de investimento em equity em empresa com péssima situação financeira - conforme se poderia constatar por meio de análise dos demonstrativos financeiros da companhia, procedimento esse necessário quando se trata de aquisição de participação acionária em outras empresas -, que redundou em operação financeira de elevado risco, o que constitui gestão temerária dos recursos da BNDESPAR, com descumprimento dos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

9.4.1.5. que, embora a empresa Bertin, por ocasião da participação societária promovida pelo BNDES, já tivesse ultrapassado o limite máximo de exposição à referida companhia em pelo menos R\$ 207.069.710,00, expondo o BNDES a desnecessário risco financeiro, propunha a realização da operação, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76 e a Resolução 1318/2006-BNDES;

119. Na fundamentação das citações, constante do voto condutor do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, o dano estimado em R\$ 670 milhões fora calculado pela diferença entre o valor do aporte da BNDESPAR para aquisição da participação acionária na Bertin, concluído em 23/12/2008, e o valor dessa participação acionária na data em que foi anunciada a incorporação da Bertin pela JBS, em 16/9/2009, apurado a partir da média das cotações da ação da JBS nos últimos sessenta pregões anteriores ao referido anúncio.

120. Tal estimativa foi assim explicada no voto condutor do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário (grifamos):

105. Tenho defendido, nos demais processos envolvendo aportes de capitais realizados pela BNDESPAR, que a mais objetiva forma de se determinar o valor das ações de uma empresa é o valor das respectivas ações na bolsa de valores em determinado momento ou período. Tal forma é prevista nos regulamentos do referido banco e por ele largamente utilizada em diversas

operações, inclusive em operações com a JBS. Assim, se tomarmos a data de anúncio da aquisição como a data da efetivação do negócio - 16/09/2009 (não apenas porque foi esse o momento no qual foram estabelecidas as bases do negócio, mas também porque a partir daí a cotação das ações sofreu influência do próprio anúncio), e se utilizarmos a média dos preços de fechamento dos últimos 60 pregões anteriores a essa data (conforme metodologia preconizada e largamente utilizada pela BNDESPAR), o preço justo da ação da JBS (JBSS3) seria R\$ 7,31. Multiplicando esse valor pelo número de ações da JBS (JBSS3) recebidas pela BNDESPAR por sua participação no capital da Bertin (250,2 milhões de ações), obteríamos o valor de aproximadamente R\$ 1,83 bilhão.

106. Além de sua objetividade, aderência à parâmetros empíricos e adequação metodológica, a utilização dessa forma de atribuição de valor encontra respaldo em outra informação importante presente nos autos.

107. Se considerarmos que 26,92% da Bertin detidos pela BNDESPAR valiam R\$ 1,83 bilhão a preços de mercado, então os 73,08% detidos pelos controladores da Bertin valeriam R\$ 4,968 bilhões a preços também de mercado. Ocorre que as informações encaminhadas a este Tribunal pela Receita Federal do Brasil a respeito dessa operação, em atendimento a solicitação da unidade técnica, indicam que as ações da JBS recebidas pelos antigos controladores da Bertin foram incorporadas ao Fundo Bertin FIP e ao patrimônio da holding FB Participações pelo valor aproximado de R\$ 4,9 bilhões (§ 254 da instrução e sentença judicial integrante da peça 650 destes autos). Os dois resultados são suficientemente próximos para que sejam considerados correlacionáveis, o que faz razoável a assunção de que tenham sido obtidos possivelmente a partir de mesmo parâmetro. E se tal parâmetro foi aceito pelas duas empresas na atribuição e no registro do valor de lote de ações no Fundo Bertin FIP, então, também por esse raciocínio, torna-se razoável utilizá-lo na estimativa que pretendemos fazer.

108. Adotando-se o critério do valor de mercado, e o método da média dos últimos 60 pregões anteriores ao fechamento do negócio, a operação de aporte de capital da BNDESPAR na Bertin teria produzido para o Banco um prejuízo da ordem de R\$ 670 milhões (R\$ 2,5 bilhões – R\$ 1,83 bilhão).

109. Esse valor deverá ser imputado àqueles responsáveis listados na Seção VI, retro, em razão das condutas e razões descritas na Seção V e VI, retro.

110. As transferências de valores da BNDESPAR para a Bertin, em razão da operação de aporte de capital sob análise, foram realizadas em quatro parcelas, nos valores de R\$ 1 bilhão, R\$ 600 milhões, R\$ 300 milhões, e ~ R\$ 700 milhões, em 29/04, 17/09, 29/09 e 23/12/2008, respectivamente. Como é da tradição deste Tribunal, em casos como esse, nos quais ocorreram transferências de recursos em diversas datas, a imputação de eventual débito é sempre realizada na data mais recente, por ser a forma mais favorável ao devedor, em razão da necessária incidência de correção monetária e de juros de mora. Assim, e como o valor estimado para o dano, R\$ 670 milhões, é inferior ao da última parcela, todo o montante do dano será a ela referido, o que resulta em estabelecer como data de origem do dano, portanto, 23/12/2008.

121. Sobre esse ponto, a unidade técnica, na instrução de mérito, acolheu as alegações de defesa no sentido de que o critério adotado pelo ministro relator não se prestaria para estimar o suposto dano causado pela decisão de aquisição de participação acionária da Bertin pelo BNDES tomada mais de um ano antes.

122. Com efeito, dentre outros problemas com a metodologia adotada pelo ministro relator, o valor das ações da JBS e da Bertin em setembro de 2009, em razão do distanciamento temporal, já teriam sofrido efeitos não imputáveis à eventual deficiência na avaliação dos responsáveis quando da decisão pela operação de aporte de capital na Bertin, a exemplo dos decorrentes da crise internacional de 2008.

123. Assim ponderou o auditor instrutor (grifamos):

934. A metodologia adotada pelo Ministro Relator, como já exposto, adota, então, como

referência, o valor das ações da JBS recebidas pela BNDESPAR em troca de suas ações da Bertin, ou seja, em troca dessa participação na empresa. Adequadamente, considera o valor médio da cotação dessas ações antes do anúncio da incorporação, de modo a não incorporar o efeito desse anúncio, pelo qual o mercado passou a carrear ao preço possíveis ganhos de desempenho advindos da combinação dos negócios das duas empresas.

935. Considerar o preço das ações após a incorporação, como alguns responsáveis defendem, distanciaria ainda mais tais resultados do momento da ocorrência do dano, qual seja, o aporte inicial. **Ocorre que mesmo as sessenta cotações anteriores ao mencionado anúncio já sofriam impactos outros, que não mais diziam respeito ao valor da empresa antes do aporte. Na verdade, a dificuldade de correlação é ainda maior, pois não se trata de ações da mesma empresa, a Bertin, mas de outra, a JBS. E se tratava de ações cotadas em momento posterior (julho a setembro de 2009), em que o mercado ainda sofria os impactos da crise de 2008.**

936. Outro problema é que há dúvidas sobre a própria quantidade de ações da JBS que deveriam ser recebidas pela BNDESPAR. Como também se questionam os valores atribuídos a Bertin e JBS na incorporação, não há confiança na correção da relação de troca de ações utilizada e, por consequência, da quantidade de ações transferidas à BNDESPAR.

937. Assim, há que se acatar os argumentos no sentido de que o dano teria de ser apurado no momento do aporte, o que leva ao afastamento do débito imputado aos responsáveis. Há suficientes indícios de que a Bertin S.A. foi sobreavaliada, porém não há razoável certeza sobre qual seria o seu valor de mercado naquele momento, impossibilitando, até mesmo, o cálculo do dano por estimativa.

124. Por outro lado, concluiu a unidade técnica que de fato ocorreu dano à BNDESPAR, em razão das falhas não elididas na avaliação da Bertin, que levaram o banco a receber quantidade de ações inferior à que seria devida pelo aporte de capital de R\$ 2,5 bilhões (grifamos):

938. A Bertin S.A. havia sido criada há poucos meses, a partir da segregação de atividades da Bertin Ltda. Se mesmo os demonstrativos desta empresa já não eram de todo confiáveis, especialmente por se tratar de empresa familiar de capital fechado, com problemas de governança, ainda mais desconfiança havia para a Bertin S.A., recém-criada, que sequer tinha escrituração contábil pretérita. Conforme análise apresentada no item 3.3 da instrução, os demonstrativos pró-forma preparados apresentam dados incoerentes, carecendo de confiabilidade.

939. Assim, a produção de nova avaliação econômica, ou mesmo a promoção de ajustes na avaliação feita pela BNDESPAR, que já seriam tarefas bastante complexas, mostram-se inviáveis nesse momento. A respeito dessa complexidade, pode-se mencionar a doutrina de Alexandre Assaf Neto (Valuation, 2014, p. 221-222), que aponta várias dificuldades para a avaliação de empresas de capital fechado, as quais vão além das aqui apontadas.

[...]

957. Concluiu-se, até aqui, que as alegações de defesa e razões de justificativa apresentadas não lograram afastar as conclusões de que houve dano à BNDESPAR na operação inicial, de aporte de R\$ 2,5 bilhões na Bertin, causado pela sobreavaliação da empresa, o que acarretou o recebimento de ações em número inferior ao que caberia à BNDESPAR, se considerado o valor justo da empresa.

958. Concluiu-se, também, pela inadequação do cálculo do débito imputado aos responsáveis, bem como pela impossibilidade de realização de novo cálculo, ante a falta de informações mínimas para tal tarefa.

125. Especificamente a respeito do dano, concordamos parcialmente com a unidade técnica. De fato, os critérios adotados para a estimativa que amparou as citações – no valor de R\$ 670 milhões – não são adequados, tampouco se mostra possível efetuar, neste momento, outra estimativa do valor da participação acionária da Bertin adquirida pelo BNDESPar.

126. Nossa divergência em relação à análise da unidade técnica diz respeito à própria existência do dano. Embora haja indícios de que a operação de aporte na Bertin possa ter causado prejuízo ao BNDESPar, entendemos que não é possível avançar com segurança para além dos indícios.

127. Inicialmente, quanto à estimativa do dano em R\$ 670 milhões que baseou as citações, além das razões acolhidas pela unidade técnica para refutá-la, com as quais concordamos, acrescentamos a alegação de alguns responsáveis de que as ações da JBS recebidas pelo BNDESPar em razão do investimento na Bertin permanecem em posse do banco estatal e sofreram valorização.

128. Só se poderia afirmar que houve efetivo prejuízo pela perda de valor do investimento do BNDESPar na Bertin avaliado com base em cotações em bolsa das ações da JBS recebidas em troca das ações da Bertin, se: no momento ao qual se refere a avaliação, as ações recebidas da JBS houvessem sido liquidadas, realizando-se o suposto prejuízo; ou, caso se concluísse que o BNDESPar poderia ter obtido quantidade de ações da JBS superior à que foi recebida pelo investimento na Bertin – ou ter desembolsado valor menor pela mesma quantidade de ações.

129. As informações disponíveis indicam que o investimento não foi liquidado – pelo menos não naquela ocasião. As ações da JBS recebidas pelo BNDESPar em troca das ações da Bertin aparentemente permaneceram na carteira da estatal. Não houve, portanto, realização de prejuízo, de acordo com as informações disponíveis.

130. Essa conclusão se baseia na Nota Técnica AMC/DEGEA1 011/2022 (peça 1566), do BNDES, encaminhada a este gabinete em 13/9/2022, como complemento a memoriais de responsáveis representados por advogados do próprio banco.

131. A referida nota técnica estimou o retorno financeiro do investimento do BNDESPar na Bertin, considerando: os aportes que somaram quase R\$ 2,5 bi para a aquisição de 7.709.408 ações daquela empresa; a superveniente substituição por 250.210.483 ações da JBS em decorrência da aludida operação de incorporação da Bertin; os proventos auferidos pelo BNDESPar em razão dessas ações; e a cotação da ação da JBS em 31/8/2022.

132. Como a referida nota técnica esclarece, essa estimativa baseou-se em algumas premissas e simplificações, como, por exemplo, a de que as 250.210.483 ações da JBS recebidas pela incorporação da Bertin permaneceram na carteira do BNDESPar até data de referência da análise (31/8/2022), premissa essa que não se mostra descabida, tendo em vista que ao menos até 19/8/2022 o BNDESPar possuía 461.661.101 ações da JBS⁴.

133. Segundo a aludida nota técnica, as 250.210.483 ações da JBS estavam avaliadas em aproximadamente R\$ 7,4 bilhões, segundo a cotação da ação de 31/8/2022, sendo que o BNDESPar já teria recebido cerca de R\$ 1,35 bilhões na forma de dividendos, perfazendo o valor total aproximado de R\$ 8,75 bilhões. Considerando o investimento inicial de R\$ 2,5 bilhões na Bertin, o resultado acumulado proporcionado por esse investimento teria sido, até 31/8/2022, positivo em R\$ 6,25 bilhões (TIR de 9,59%), sem considerar tributos e custos de transação.

134. Importante observar que o valor aproximado de R\$ 2,5 bilhões atualizado pelo IPCA (por meio do sistema Débito), desde as datas dos aportes na Bertin até 31/8/2022, perfaz cerca de

⁴ https://www.investsite.com.br/control_e_acionario.php?cod_negociacao=JBSS3, acesso em 29/9/2022.

R\$ 5,67 bilhões, valor inferior aos R\$ 8,75 bilhões alcançados pelo investimento do BNDESPar na Bertin combinado com sua incorporação pela JBS⁵.

135. Nesse ponto, releva destacar a percepção do ministro relator (peça 688) de que não se poderia concluir automaticamente pela possibilidade de compensação entre ganhos e prejuízos nas duas operações (aquisição de participação acionária da Bertin e sua incorporação pela JBS), por terem ocorrido em momentos distintos, com finalidades diferentes e não envolverem os mesmos agentes do BNDES.

136. A nosso ver, não se trata da compensação de ganhos e prejuízos de operações distintas, mas da apuração do resultado de um único investimento. No que se refere às ações da JBS recebidas pelo BNDESPar em troca das ações da Bertin, o investimento foi um só: o aporte de aproximadamente R\$ 2,5 bilhões na Bertin.

137. Investimento distinto, e que deve ser considerado separadamente, é o valor aportado pelo BNDESPar diretamente na JBS para apoiar a incorporação da Bertin, o qual se reverteu em outra quantidade de ações da JBS, que, em tese, proporcionaram outros ganhos. Ainda que haja nexo causal entre essa operação e a aquisição da participação acionária da Bertin (uma teria sido realizada para ‘salvar’ o valor investido na outra), trata-se de investimentos diferentes, com resultados distintos. Ocorre que o apoio à incorporação não resultou débito objeto de citação na presente tomada de contas especial, razão pela qual a mencionada Nota Técnica AMC/DEGEA1 011/2022 apurou exclusivamente o resultado da operação de aporte na Bertin.

138. Ainda sobre esse ponto, não se mostra relevante o fato de não terem sido os mesmos agentes responsáveis pela operação de aporte inicial na Bertin e pela operação de incorporação. Tal circunstância em nada afeta a existência ou não de prejuízo ao BNDESPar, que é fato objetivo. Se o resultado final do investimento foi positivo, ainda que em razão da troca de ações da Bertin por ações da JBS conduzida por outros agentes, prejuízo não houve.

139. Assim, a decisão de investir na Bertin em tese não causou prejuízo ao BNDES, quando comparada com a decisão de não investir⁶, adotando-se a premissa plausível de que as ações da JBS provenientes desse investimento não foram até o momento liquidadas.

140. Isso não significa que não tenha ocorrido prejuízo ao BNDESPar ou débito imputável aos responsáveis. É possível, como apontou a unidade técnica, que o prejuízo seja caracterizado caso se conclua que a operação deveria ter sido realizada em outros termos, com o recebimento pelo BNDESPar de quantidade superior de ações da Bertin – e, consequentemente, da JBS – em razão do aporte de R\$ 2,5 bilhões ou o recebimento da mesma quantidade de ações como contrapartida a aporte financeiro em menor valor.

141. Como bem observou a unidade técnica, eventual superestimativa do investimento no momento do aporte pode ter causado prejuízo ao BNDESPar ainda que o resultado final tenha sido positivo, visto que, nesse caso, tal resultado poderia ter sido ainda mais positivo. Assim, é possível cogitar que o BNDESPar poderia/deveria ter efetuado aporte inferior aos R\$ 2,5 bilhões pela mesma participação acionária na Bertin ou recebido quantidade maior de ações pelo referido aporte.

⁵ O valor dos dividendos recebidos não foi atualizado monetariamente até 31/8/2022, de modo que o retorno do investimento deve ser ainda maior, mantidas as demais premissas dessa comparação.

⁶ Ressalva-se que a conclusão pela ausência de prejuízo não leva em consideração o custo de oportunidade, que, como de praxe, não é considerado nas apurações de dano ao erário pelo TCU.

Convém ainda observar que as ações da JBS sofreram perda de valor posteriormente a 31/8/2022, data de referência do estudo apresentado na Nota Técnica AMC/DEGEA1 011/2022. Contudo, essa circunstância não tem relevância para a presente análise, pois, além de o saldo do investimento continuar positivo (considerando a cotação de fechamento da JBSS3 em 27/1/2023), caso o resultado do investimento na Bertin venha a se tornar negativo, tal circunstância não será atribuível às condutas examinadas neste processo.

142. Contudo, não é possível avançar além das suposições. A avaliação de empresa não é objetiva como a comparação de preços de bens, serviços ou obras com referenciais de mercado. Há razoável dose de subjetividade em alguns dos *inputs* da avaliação, os quais repercutem no resultado – inclusive no método do fluxo de caixa descontado, que requer projeções para o futuro. Nesse sentido:

Valuation is neither the science that some of its proponents make it out to be nor the objective search for true value that idealists would like it to become. The models that we use in valuation may be quantitative, but the inputs leave plenty of room for subjective judgments. Thus, the final value that we obtain from these models is colored by the bias that we bring into the process. In fact, in many valuations, the price gets set first and the valuation follows.

(Damodaran, Aswath. Investment Valuation. Tools and Techniques for Determining the Value of any Asset. 3ª Ed. 2012)

143. Posto isso, somente se poderia afirmar com segurança que houve dano ao BNDESPar, para fins de imputação de débito a responsáveis, se o *valuation* fosse refeito e a discrepância apurada decorresse da adoção de premissas objetivamente equivocadas.

144. Contudo, a unidade técnica chegou à conclusão de que a Bertin foi sobreavaliada com base na premissa de que não haveria como a empresa obter recursos para viabilizar os investimentos previstos no plano de negócios – suposição essa que, como será visto adiante neste parecer, apesar de plausível, carece de certeza, tendo em vista as limitações da análise da unidade técnica sobre situação financeira da Bertin e a dificuldade de se excluírem os efeitos da crise de 2008 sobre a perspectiva da empresa de captar recursos.

145. Também não é possível afirmar que a incorporação da Bertin pela JBS teria ocorrido mediante atribuição de relação de troca mais vantajosa para o BNDESPar, se não tivesse ocorrido a deterioração da situação financeira da referida empresa. Talvez a transação simplesmente não tivesse ocorrido, pois, sob outras condições, os sócios da JBS poderiam considerar que a operação não seria atrativa.

146. Dessa forma, só é possível comparar a decisão de investir na Bertin com a decisão de não ter realizado o investimento, o que, como visto, não aponta para a ocorrência de dano ao BNDESPar, tendo em vista a valorização superveniente das ações da JBS recebidas pelo investimento na Bertin, associada aos dividendos auferidos.

147. Não obstante, a impossibilidade de afirmar a ocorrência de dano não impede o exame da regularidade da atuação dos agentes do BNDES na etapa de análise, que pode, eventualmente, resultar na imposição de sanções.

148. Assim, passa-se ao exame das irregularidades referentes à fase de análise.

149. Após apreciar as defesas apresentadas, o auditor instrutor considerou que as seguintes irregularidades não foram elididas:

- ausência de análise criteriosa de onde os recursos seriam efetivamente aplicados;
- ausência de demonstração dos benefícios que o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, especialmente em termos de geração de empregos;
- ausência de levantamento apropriado do endividamento da recém-criada Bertin S.A. e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA;
- ausência de análise do limite máximo de exposição à Bertin, bem como da efetiva ultrapassagem desse limite;

- proposta de realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira;
- atribuição de valor superior ao justo para a Bertin S.A., por ocasião do aporte, com o consequente recebimento, pela BNDESPAR, de quantidade de ações inferior à devida.

150. Por outro lado, o auditor instrutor acolheu as alegações relativas à suposta exiguidade de tempo de análise, tendo em vista a existência de indícios de que a análise se iniciou antes das datas informadas no sistema.

151. Em relação à ausência de *due diligences*, o auditor instrutor reconheceu que não havia norma que impusesse sua realização, embora fosse medida recomendável. Contudo, considerada em conjunto com os demais elementos que apontavam para a ocorrência de falhas na etapa de análise, a não realização de *due diligences* seria uma das evidências de falha.

152. Especificamente sobre a ‘ausência de análise criteriosa de onde os recursos seriam efetivamente aplicados’ e ‘ausência de demonstração dos benefícios para sociedade brasileira, especialmente em termos de geração de empregos’, de acordo com o voto condutor do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, a unidade técnica havia observado que o relatório de análise fora elaborado com base em informações fornecidas pela própria Bertin (consulta inicial, plano de negócios, apresentação em powerpoint e demonstrativo financeiro de 30/9/2007).

153. Além de várias inconsistências entre os dados desses documentos e do relatório de análise, os ‘usos’ do ‘quadro de usos e fontes’ não estavam especificados, informando as empresas que seriam efetivamente adquiridas no plano de expansão. Também observou que os documentos eram contraditórios sobre os investimentos em bens de capital, a exemplo do montante dos recursos a ser utilizado.

154. Os objetivos da operação seriam vagos e indefinidos, estando previstos tanto a aquisição de empresas e ativos, quanto a expansão e modernização de plantas, o atendimento de necessidades de capital de giro e, de forma ampla, melhoria da estrutura de capital da empresa, sem qualquer estimativa de valor para cada uma dessas opções. Desse modo, o aporte de capital poderia ser utilizado em qualquer finalidade que a empresa decidisse posteriormente e em qualquer volume.

155. A ausência de detalhamento impediria que fosse realizada a avaliação do valor econômico da empresa pelo método do fluxo de caixa descontado, que depende em larga medida desses dados, como, por exemplo, do tipo e volume de investimentos a serem realizados e as respectivas rentabilidades. Impediria também a estimativa de geração de empregos, uma vez que se não se saberia o destino a ser dado aos recursos.

156. A essas observações da unidade técnica, o ministro relator acrescentou a ausência de evidenciação da forma como os investimentos a serem realizados produziram os efeitos preconizados na Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP, especialmente quanto ao aumento das exportações brasileiras, ‘política essa que, segundo alega o BNDES, daria fundamento e autorização para a realização da operação sob análise’.

157. Na instrução de mérito, a unidade técnica rejeitou as defesas apresentadas sobre esses apontamentos.

158. Observou, inicialmente, que o fato de o relatório ter sido elaborado em sua maior parte com informações prestadas pela postulante dos recursos era evidência adicional da insuficiência da análise e que não seria problema se tivessem sido usadas também outras fontes ou constado efetiva análise dos dados. O que não seria admissível é ser o leitor induzido a acreditar que a informação tivesse sido produzida pela equipe do BNDES ou que mera reprodução de informação fosse apresentada como se fosse uma análise.

159. Rejeitou ainda as alegações de que a operação estaria alinhada à PDP, argumentando que ‘um aparente alinhamento a essa ou qualquer outra política de governo não basta para aprovar uma operação’, sendo necessário demonstrar o atendimento aos requisitos do programa e quais de

suas metas seriam atingidas. No caso, não teria havido sequer menção ao PDP ou a qualquer política operacional.

160. Quanto à alegação dos responsáveis de que no relatório de análise constou expressamente a expectativa de geração de cerca de 10.000 empregos diretos e 25.000 empregos indiretos, a unidade técnica argumentou que, sem definição clara de onde os recursos seriam aplicados, nem sequer seria possível se ter alguma certeza sobre esses números. Apontou também que os estudos citados pelos responsáveis sobre estimativas de geração de empregos referiam-se a aumento de produção, e não simplesmente ao investimento, tendo-se, ademais, invocado índices não específicos do setor.

161. Aprofundando-se mais sobre a ausência de especificação da destinação de recursos, a unidade técnica ressaltou que o Quadro de Usos e Fontes (QUF) previa R\$ 500 milhões para aplicação em ‘Modernizações/Expansões/Giro Associado’, quando apenas os investimentos já somavam R\$ 1,05 bilhão, segundo o relatório de análise, ou R\$ 757,6 milhões, segundo o Plano de Negócios.

162. Da mesma forma, observou que o QUF previa R\$ 2 bilhões para ‘Internacionalização/Aquisições’, incluindo recomposição da estrutura de capital em função das aquisições já realizadas, o que, no entendimento da unidade técnica, poderia ser facilmente segregado, mas não foi, além de os valores estimados das aquisições mencionadas no relatório serem muito mais elevados (ultrapassando R\$ 11 bilhões para as operações nacionais e US\$ 2 bilhões para as internacionais). Somente a Perdigão, que constava das ‘operações em andamento’, valia mais que a própria Bertin.

163. Assim, segundo a unidade técnica, ‘aprovou-se uma operação que destinava recursos para inúmeras atividades, sendo que a real destinação estava completamente aberta’ e o ‘verdadeiro plano de negócios ainda seria elaborado, conforme constou à p. 29 do RAn, que remeteu o assunto ao Acordo de Acionistas a ser celebrado’.

164. Acrescentou que, embora o acordo de acionistas previsse que o plano de negócios deveria ser submetido anualmente ao BNDESPar para aprovação, esse controle de nada serviria diante da falta de definição anterior, sendo que ‘qualquer ação, em qualquer valor, deveria ser aceita pela BNDESPAR, desde que se enquadrasse nas amplas finalidades da operação’.

165. Por fim, a unidade técnica ressaltou que o modelo do relatório de análise previa o registro dos ‘Impactos Sociais e Regionais do Projeto / Operação’, o que não foi feito.

166. Observou que algumas defesas apontaram, como supostos benefícios, ‘o aumento da exportação de proteínas, a internacionalização de empresas brasileiras, a evolução na governança, a redução da informalidade, o aumento na qualidade dos produtos, o aumento da renda dos produtores e a formalização das relações no setor’. Contudo, a falha dizia respeito à ausência de análise prévia dos benefícios, além de não ter ficado evidenciada a relação de causalidade entre esses supostos impactos e o apoio concedido.

167. Feito esse resumo, é importante destacar para o presente exame que, assim como observado em relação à etapa de enquadramento, o grau de profundidade requerido para a etapa de análise não era detalhado nos normativos do BNDES então vigentes, ou, pelo menos, não há menção nesse sentido nos exames empreendidos até o momento pelo Tribunal.

168. Com efeito, nos itens 9.4.1.1 a 9.4.1.5 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, que descreveram as condutas motivadoras das citações sob análise, os critérios apontados para caracterização das irregularidades consistiram predominantemente em normas com elevado nível de abstração. Especificamente, apontou-se o descumprimento da missão, do objetivo e dos valores do BNDES e dos arts. 153; 154, §2º, ‘a’; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76.

169. Segundo consta do relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário (parágrafos 11 e 12), a missão e os valores do BNDES na época eram, respectivamente, ‘promover o

desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira, com geração de emprego e redução das desigualdades sociais e regionais’ e atuação ‘norteada pelo espírito público, expresso pelo compromisso inarredável com os interesses da sociedade brasileira, o foco na coletividade e o zelo com os recursos públicos’.

170. Os dispositivos da Lei 6.404/1976 citados tratam dos deveres dos administradores de sociedades por ações e de agentes a eles equiparados. Resumidamente, deveres relativos à atuação com diligência, probidade e lealdade – que, em verdade, são também exigíveis dos agentes públicos em geral.

171. Como se percebe, nenhuma das normas apontadas especifica o conteúdo ou o nível de profundidade exigido do relatório de análise de investimentos do BNDESPar em renda variável.

172. Isso não significa, obviamente, que os atos sob exame não sejam passíveis de responsabilização. Mesmo conceitos jurídicos indeterminados abrangem zonas de certeza, a respeito das quais não há dúvida sobre sua incidência ou não. O exame caso a caso pode eventualmente fornecer elementos que permitam concluir se os atos examinados caracterizam ou não, com razoável certeza, e para além da ‘zona cinzenta’, violação dos deveres de diligência, probidade ou lealdade – o que implicaria também atuação em desacordo com a missão e os valores do BNDES, especialmente com o ‘zelo com os recursos públicos’.

173. Deve-se também levar em consideração o art. 28 da Lindb, que restringe a responsabilização pessoal dos agentes públicos aos casos em que tenham atuado com erro grosseiro ou dolo, de modo que não basta a caracterização da conduta como em desacordo com a atuação esperada de agente medianamente diligente. É necessário que o ato ou omissão apontado como irregular tenha sido intencional ou decorra de grave negligência.

174. Assim, é preciso verificar se os atos em questão se caracterizam como inequívoca violação dos deveres de diligência, probidade e lealdade e/ou da missão, do objetivo e dos valores do BNDES (especialmente o zelo com os recursos públicos), e que tenham sido praticados com dolo ou erro grosseiro (culpa grave).

175. De forma geral, é possível perceber, na linha das alegações dos responsáveis, certa aderência da operação às políticas operacionais do banco combinadas com a Política de Desenvolvimento Produtivo, embora, como será visto adiante, há particularidade que impede afirmar a total aderência.

176. As seguintes informações constantes do relatório de análise que recomendou a aprovação da operação merecem destaque:

- a) **o Brasil era o maior exportador mundial de carne bovina desde 2003, e tinha condições de ampliar ainda mais as exportações, tendo em vista vantagens competitivas** [citadas no relatório] em relação aos principais concorrentes mundiais;
- b) entre 2003 e 2006, o volume de exportações brasileiras de carne *in natura* e industrializada aumentou, respectivamente, 171,3% e 93,5%;
- c) as principais empresas do setor, em termos de faturamento e capacidade de abate, eram JBS-Friboi, **Bertin S/A.**, Marfrig Alimentos S/A., Minerva S/A. e Independência Alimentos Ltda. **Essas empresas dominavam a produção de carne no Mercosul, eram grandes exportadoras e potenciais consolidadores da indústria;**
- d) **o grupo Bertin, em 2006, estava em 13º lugar entre os maiores exportadores líquidos do Brasil**, sendo que, no complexo da cadeia bovina latino americano, era o maior exportador com reconhecimento de rastreabilidade de matéria prima e padrão sanitário internacional;
- e) no ramo de alimentos, a receita bruta da Bertin foi de R\$ 3 bilhões em 2007, **sendo 49% provenientes de exportações. Ao todo possuía 32 unidades nesse segmento, sendo 28 no Brasil, uma no Uruguai, duas no Paraguai e uma na Itália;**

- f) no ramo de couros, o faturamento em 2007 foi superior a R\$ 1 bilhão, **sendo 80% da capacidade de produção da Bertin destinada ao mercado externo**. Nesse segmento, possuía 28 unidades no Brasil e uma na China;
- g) a Bertin S/A, criada mediante reestruturação societária em 2007, **foi concebida com o objetivo de ser o veículo de internacionalização do Grupo no setor de alimentos**, e, também, ser a empresa que teria, futuramente, suas ações negociadas em bolsa de valores;
- h) o **apoio financeiro** mediante participação acionária do BNDESPar na Bertin **foi solicitado para aquisição de empresas, dentro da estratégia de consolidação/internacionalização**, e para investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes e implantação de novas unidades industriais, incluindo capital de giro e melhoria da estrutura de capital;
- i) **por meio das aquisições internacionais, seriam incorporados ao negócio da Bertin marcas e canais de distribuição**, além das estruturas físicas, **o que possibilitaria o aumento das exportações brasileiras**;
- j) com a efetivação desses projetos, **o Grupo Bertin pretendia se estabelecer como um dos principais players mundiais no segmento de proteína animal** – bovinos, suínos e ave;
- k) o plano de aquisições apresentou dezesseis empresas que estariam sendo analisadas e tratadas como possíveis alvos de aquisição pela Bertin, sem prejuízo de que outras oportunidades pudessem ser acrescentadas conforme o andamento das negociações. Dentre as empresas arroladas, oito eram estrangeiras, situadas no EUA, Egito, Itália, Espanha, Austrália e Alemanha;
- l) a implementação dos investimentos contidos no plano de negócios deveria gerar cerca de 10.000 empregos diretos e 25.000 empregos indiretos até 2009;
- m) a operação em tela estava vinculada a plano de negócios que contemplava aquisições de outras empresas e/ou ativos, sendo que o restante dos recursos poderia ser utilizado na expansão e modernização de plantas, capital de giro associado à essa expansão/modernização e melhoria da estrutura de capital da Bertin S/A;
- n) concluiu-se que os mercados internos e externos de couros e de pecuária de corte apresentavam boas perspectivas e que a Bertin estava capacitada (couros) ou vinha buscando capacitação (pecuária de corte) para ocupar parcelas crescentes desses mercados;
- o) **o Grupo Bertin possuía bom relacionamento com o sistema financeiro nacional, BNDES e fornecedores, estando atuante no mercado há mais de trinta anos**;
- p) como pontos fracos da Bertin, apontaram-se a necessidade de melhorias em governança corporativa, profissionalização da gestão e nível de transparência, bem como a deficiência nos controles internos;
- q) **a Bertin S/A ainda era uma empresa familiar, mas tinha como uma das principais metas atingir níveis satisfatórios de profissionalização da gestão**. Para isso, o Grupo Bertin instalou o conselho de administração e, em parceria com a empresa de consultoria McKinsey & Company, estava realizando um trabalho focado em gestão e sucessão familiar;
- r) quanto ao desempenho operacional da Bertin, os números refletem uma evolução importante tanto nas vendas quanto na geração de caixa, conforme pode ser verificado tanto pelo crescimento do ebitda, quanto da margem. Apesar do aumento do endividamento, a relação dívida líquida sobre ebitda apresentou redução.

177. Mesmo que parte (ou a maioria) das informações utilizadas no relatório de análise e na instrução de enquadramento tenham sido fornecidas pela postulante, conforme apontado pela unidade técnica, não parece haver controvérsias sobre o fato de que a Bertin, cliente tradicional do BNDES, estava entre as principais empresas do país no setor de carnes, com dezenas de unidades no país e algumas no exterior, sendo que nos seus dois principais ramos de atuação, carne e couros, parcela expressiva do seu faturamento era proveniente de exportações.

178. Na descrição da conduta irregular no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário (item 9.4.1.1), a ausência de efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos foi caracterizada por: 1) não haver indicação no plano de negócios de onde os recursos seriam efetivamente aplicados; 2) não haver demonstração dos benefícios em termos de geração de empregos.

179. Observa-se que o plano de negócios apresentou certo detalhamento dos investimentos em modernização e expansão (capex), especificando as unidades produtivas da Bertin nas quais seriam aplicados os recursos, respectivos valores, destinação da produção (se a produção se destinava para exportação, ou se a unidade era habilitada para tanto, ou localizada em estado habilitado) e análise de viabilidade (peça 132 do TC 034.935/2015-0, p. 15-45 e 56-89). A partir dessas informações, nota-se que mais de 70% dos R\$ 757,60 milhões previstos no plano de negócios para capex (correspondentes a aproximadamente R\$ 544,40 milhões) seriam aplicados, de acordo com o plano, em unidades da Bertin habilitadas para a exportação – ou situadas em estados habilitados – ou, ainda, nas unidades internacionais (Uruguai e Paraguai).

180. Quanto às aquisições de empresas, o plano de negócios apresentou operações já realizadas, relativas à Vigor (Brasil), Sampco (EUA) e Misr Cold Store (Egito/Cairo Alexandria), bem como operações em andamento/perspectiva, sendo cinco nacionais (Aurora, Perdigão, Mogiana, Nutriara e Ceratti) e quatro estrangeiras (Rigamonti/Itália, Campofrio/Espanha, Fiorucci/Itália e Zimbo/Alemanha). Constaram ainda análises de viabilidade de empresas, mas apenas para operações já realizadas (Vigor e Sampco).

181. Além disso, o quadro de usos e fontes do relatório de análise previa que o valor para modernização/expansão incluía o ‘giro associado’ e o valor para internacionalização/aquisições incluía ‘recomposição da estrutura de capital em função das aquisições já realizadas’.

182. Assim, embora houvesse previsão de aplicação em capital de giro e em melhoria da estrutura de capital, essas destinações em tese deveriam ser associadas, respectivamente, aos investimentos e às aquisições realizadas. Como se verá adiante, na prática, valores vieram a ser liberados para melhoria da estrutura de capital sem necessária relação com as aquisições já realizadas. Contudo, essa circunstância será considerada na falha relativa à ‘ausência do levantamento apropriado do endividamento’.

183. Ademais, constou expressamente do relatório de análise que o aporte deveria ‘estar condicionado à realização das aquisições previstas no Plano de Negócios (ou outras que venham a ser apresentadas pela empresa), sujeito à concordância da BNDESPAR quanto aos valores dessas aquisições’.

184. As aplicações em modernização/expansão estavam de certa forma especificadas no plano de negócios, apresentando, como já dito, os valores para cada unidade produtiva e as respectivas análises de viabilidade. Quanto às aquisições, o relatório de análise listou diversas empresas, mas, por outro lado, deixou claro que eram ‘possíveis alvos de aquisição’, sendo que a liberação dos recursos estava condicionada à realização das aquisições e à concordância da BNDESPAR quanto ao respectivo valor. Já as aplicações em capital de giro e em melhoria da estrutura de capital deveriam estar associadas, segundo o quadro de usos e fontes, aos investimentos em modernização/expansão e às aquisições realizadas.

185. Assim, é possível concluir que havia indicação de onde os recursos seriam aplicados, embora, de fato, pudesse ter havido maior detalhamento, com a segregação dos valores estimados

para cada aplicação (capex, giro associado, aquisições e melhoria da estrutura de capital). Contudo, considerando que não havia (ou não foram apontadas na fundamentação das audiências e citações) normas do BNDES que detalhassem o conteúdo do relatório de análise a esse nível, bem como a alegação dos responsáveis da necessidade de flexibilidade no apoio a plano de negócios, não há elementos objetivos para se afirmar que indicação constante do quadro de usos e fontes não representava satisfatoriamente onde os recursos seriam efetivamente aplicados.

186. Sabe-se que, posteriormente, o plano de negócios não veio a ser executado como proposto, o que, todavia, não necessariamente decorreu da ausência de indicação de onde os recursos seriam efetivamente aplicados, mas, possivelmente, do não levantamento apropriado do endividamento (irregularidade objeto de item específico da citação, tratada adiante neste parecer) e/ou da crise internacional superveniente.

187. A Resolução BNDES 1.417/2007, ao dispor sobre as políticas operacionais vigentes à época, elencava entre os empreendimentos apoiáveis a ‘implantação, ampliação, recuperação e modernização’, a ‘exportação de bens e serviços’, a ‘internacionalização de empresas de capital nacional (desde que associadas à promoção das exportações brasileiras)’ e a ‘reestruturação empresarial’. Dentre as áreas de atuação, constava ‘investimento e capital de giro associado’, na área ‘Capacidade produtiva – Agropecuária, indústria, comércio e serviços’.

188. Como já destacado neste parecer, a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), por sua vez, compreendia programa para consolidar e expandir liderança de empresas com projeção internacional e capacidade competitiva em complexos produtivos de commodities, sendo que a carne constava expressamente dentre os exemplos de complexos produtivos apoiados pelo programa.

189. Considerando que o relatório de análise destacava a relevância da empresa no mercado de carnes e a sua receita significativamente decorrente de exportações (quase 50%), não seria despropositado concluir que o aporte de recursos pelo BNDES para apoiar o plano de negócios da empresa favoreceria as exportações, sobretudo tendo em vista que 70% dos investimentos previstos no referido plano seriam aplicados em unidades habilitadas para exportação e que parte das possíveis aquisições previstas eram de unidades internacionais com vistas a dar acesso a marcas e a canais de distribuição no exterior, como ‘estratégia importante para aumentar as vendas e atingir novos mercados’. Além disso, havia o explícito propósito de estabelecer a Bertin como um dos principais *players* mundiais no segmento de proteína animal, o que, ao menos em tese, se ajustava à diretriz da PDP de consolidar e expandir liderança de empresas com projeção internacional e capacidade competitiva.

190. Embora não tenha havido expressa menção à PDP no relatório de análise, é razoável supor que essa diretriz já existisse e fosse conhecida, haja vista a menção no relatório ao propósito de posicionar a empresa como um *player* mundial, bem como a proximidade das datas de elaboração do relatório e de lançamento da PDP (março e maio de 2008, respectivamente).

191. Por outro lado, é preciso reconhecer que, apesar de em linhas gerais o propósito da operação mostrar-se alinhado à PDP, exame mais detido do relatório de análise suscita dúvidas sobre a aderência de parte expressiva da aplicação dos recursos aportados pelo BNDESPar à pretendida internacionalização da Bertin, como será visto adiante.

192. Quanto à observação da unidade técnica de que o relatório de análise previa R\$ 1,05 bilhão em investimentos, enquanto o plano de negócios previa R\$ 757,6 milhões, tal divergência é apenas aparente. O valor de R\$ 757,6 milhões refere-se somente ao exercício de 2008, enquanto o valor de R\$ 1,05 bilhão refere-se ao total de 2008 a 2012, conforme consta na página 48 do relatório de análise.

193. No que se refere ao apontamento da unidade técnica de que os investimentos previstos no plano de negócios superavam o montante destinado a essa modalidade no quadro de usos e fontes, há de se observar que, no relatório de análise, levou-se em consideração que o plano de

negócios previa captações no Brasil e no exterior, de R\$ 100 milhões e US\$ 410 milhões, respectivamente, o que, em tese, poderia comportar os investimentos previstos em capex (R\$ 757,6 milhões). De fato, há notícia de que, durante a execução do plano de negócios, a empresa tentou captar US\$ 300 milhões e US\$ 600 milhões, conforme relatado na IP AMC/DEPAC 127/08.

194. As aquisições previstas, por sua vez, foram apresentadas como possibilidades – sujeitas a comprovação por ocasião do aporte – e, segundo afirmado no relatório de análise, não foram consideradas no *valuation* da Bertin.

195. Quanto a não haver demonstração dos benefícios em termos de geração de empregos, constou, no tópico 2.6 do relatório de análise, que a realização dos investimentos previstos no plano de negócios deveria gerar 10.000 empregos diretos e 25.000 empregos indiretos, até 2009, de modo a cumprir formalmente o modelo de relatório estabelecido pela Resolução BNDES 1470/2007, que previa um tópico sobre a geração de empregos.

196. Apesar do cumprimento formal da mencionada resolução quanto a esse ponto, a unidade técnica tem razão quando aponta a ausência de evidências de que os dados sobre geração de empregos, informados pela própria Bertin, tenham sido objeto de análise e de críticas pelo BNDESPar, bem como sobre a ausência de campo específico no relatório sobre os impactos sociais e regionais da operação (também previsto na aludida resolução). Essas falhas, em nosso entendimento, não são suficientemente graves para ensejar a aplicação de multa, caso se considere que a operação estava em consonância com a PDP e/ou com as políticas operacionais do Banco. Nessa hipótese, é possível considerar que os benefícios econômicos e sociais já haviam sido ponderados na formulação da política pública, ou, no mínimo, que tal suposição não se caracteriza como erro grosseiro.

197. Por outro lado, deve-se reconhecer que, apesar do aparente alinhamento dos objetivos pretendidos da operação com a PDP, exame mais detido do relatório de análise suscita dúvida, especificamente quanto ao apoio à aquisição da Vigor pela Bertin.

198. A aprovação do aporte de recursos do BNDES para apoiar o plano de negócios da Bertin possibilitou a aplicação de parte expressiva dos valores aportados (R\$ 1,079 bilhão, o que correspondeu a cerca de 90% do montante aplicado em aquisições) na aquisição da Vigor, empresa nacional do setor de laticínios, cuja relação com o pretendido objetivo de internacionalização da Bertin e sua consolidação como player mundial no setor de carnes (o que estaria alinhado com a PDP), não é clara.

199. Quando da elaboração do relatório de análise, já se sabia da aquisição da Vigor pela Bertin e do respectivo valor, de modo que já era possível prever que viria a consumir a parcela mais expressiva dos recursos aportados pelo BNDESPar para aquisições. Seria de se esperar, portanto, justificativa clara sobre o interesse público que se pretendia alcançar com essa destinação, ou de que forma ela contribuiria para o aumento das exportações e/ou consolidação/ampliação da posição de liderança da empresa investida no âmbito internacional, ou, ainda, para algum outro interesse público.

200. Cabe acrescentar que constou do voto condutor do acórdão que determinou as citações (Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário) questionamento do ministro relator sobre a ‘ausência de evidenciação da forma como os investimentos a serem realizados produziram os efeitos preconizados na Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP, especialmente quanto ao aumento das exportações brasileiras, política essa que, segundo alega o BNDES, daria fundamento e autorização para a realização da operação sob análise’.

201. Como estratégia associada à aquisição da Vigor, constou do relatório de análise tão somente ‘ampliação do portfólio (laticínios) e sinergias nos canais de distribuição’ (página 18 do relatório de análise - peça 1067 do TC 034.935/2015-0).

202. Do relatório de análise, o que se poderia entender como possível indicativo de relação da aquisição da Vigor com a estratégia de internacionalização da Bertin, ainda assim de forma superficial e não explícita, consta no tópico 3.1, que tratou de aspectos gerais do mercado (grifamos):

A balança comercial do leite, deficitária em US\$ 360 milhões em 2000, foi positiva em US\$ 122 milhões em 2007, tendendo a crescer caso o cenário internacional continue favorável e os investimentos necessários sejam realizados.

O movimento atual de aquisições – Bertin adquirindo a Vigor, Perdigão adquirindo Eleva e Batavia, outros grupos sondando o mercado visando futuras compras e a presença dos maiores competidores mundiais no mercado brasileiro (Nestlé, Danone, Fonterra) – sugere que o setor é atrativo e que o Brasil tende a ocupar um lugar de destaque no cenário mundial em um futuro próximo.

203. Já no tópico 3.3 do relatório, que tratou sobre os impactos do projeto na postulante e no mercado, não se extrai relação com o declarado propósito de consolidação/internacionalização da Bertin, mas tão somente com a ocupação da posição de liderança no mercado de produtos lácteos no estado de São Paulo e o aproveitamento de sinergias:

Com a aquisição da Vigor e com o desenvolvimento dos demais projetos de expansão e aquisições, a Bertin S/A deverá se firmar como uma das principais empresas do setor de alimentos do país.

Na pecuária, a empresa deverá atingir, até 2013, uma capacidade instalada de abate de mais de 30.500 cabeças por dia, devendo se consolidar entre os três maiores frigoríficos do país em termos de capacidade e, provavelmente, o segundo maior em termos de faturamento.

Já com relação ao mercado de produtos lácteos, a aquisição da Vigor proporcionará à Bertin S/A uma posição de liderança no Estado de São Paulo, principal mercado consumidor do Brasil. Além disso, a força da marca Vigor, somada ao seu portfólio de produtos com maior valor agregado e uma base de clientes ampla e diversificada constituem condições fundamentais para a Bertin no sentido de aproveitar ao máximo as potenciais sinergias que poderão ser obtidas com a consolidação do controle das operações de ambas empresas.

204. De qualquer modo, pode-se cogitar que, sendo a aquisição da Vigor benéfica para a consolidação da Bertin como uma das principais empresas do setor de alimentos no país, por meio da ampliação do portfólio e do aproveitamento de sinergias, tal operação contribuiria para o crescimento da empresa e, ainda que indiretamente, para a sua consolidação como *player* mundial.

205. Com efeito, na conclusão do relatório de análise, mais uma vez se afirma o propósito declarado de posicionar a Bertin como *player* no setor de alimentos – mencionando-se expressamente a aquisição da Vigor –, bem como o favorecimento à internacionalização e exportação (grifamos):

7.1 Conclusão

A operação em pauta visa a ampliação dos negócios da Bertin no setor de alimentos, com foco na aquisição de empresas do setor que tenham portfólio de produtos complementar ao atual da empresa e disponham de marcas reconhecidas no mercado e canais de distribuição que gerem sinergias capazes de aumentar as vendas e permitir a inserção em novos mercados.

A análise mostrou que o grupo tem potencial de crescimento, e que poderá ser um consolidador dentro do setor de alimentos. **A estratégia de aquisições, na qual destacamos a da VIGOR, já realizada, visa posicionar a empresa como um player no setor de alimentos (principalmente proteína animal) e não apenas como um grande frigorífico. A internacionalização faz sentido, a partir da constatação de que o Brasil é um participante importante no mercado internacional**

de alimentos, e que a obtenção de marcas consolidadas nos diversos mercados em que a empresa atua e de canais de distribuição é uma estratégia importante para aumentar as vendas e atingir novos mercados. Essa estratégia também poderá permitir a exportação de produtos de maior valor agregado e reduzir os riscos de barreiras não alfandegárias que sejam impostas pelos mercados importadores.

206. Em síntese, observa-se que os objetivos declarados da operação apresentavam, em tese, alinhamento à PDP, que, dentre outras estratégias, buscava consolidar e expandir lideranças de empresas com projeção internacional no setor de carnes, com ênfase na internacionalização. E, de fato, no plano de negócios havia previsão de investimentos em capex em unidades habilitadas à exportação e previsão de aquisição de empresas estrangeiras, a fim de obter marcas e canais de distribuição no exterior.

207. Além disso, como já visto, a operação também previa ações (destacando-se a profissionalização da Bertin, a preparação para o ingresso no mercado de capitais, a obrigação de implementar medidas de caráter socioambiental, investimentos em modernização e expansão, consolidação e melhoria da estrutura de capital) que apresentavam alinhamento com os objetivos da atuação em renda variável e as finalidades dos investimentos mediante subscrição de valores mobiliários, conforme política do BNDES estabelecida por meio da Resolução 2272/2012, que, embora superveniente à operação sob exame, possivelmente consolidou diretrizes já existentes.

208. Por outro lado, como também já visto, não há clareza quanto à inserção da aquisição da Vigor na PDP, operação essa que viria a consumir a maior parte dos recursos destinados à aquisição de empresas e que era conhecida na ocasião da elaboração do relatório de análise.

209. Não obstante, não se pode também afirmar, com as informações disponíveis, que o apoio à aquisição da Vigor não fosse um objetivo legítimo, dentro das diretrizes acima mencionadas. Ademais, o apoio à aquisição da referida empresa não constou de forma expressa e específica como conduta a ser justificada pelos responsáveis em suas defesas (como se observa no item 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário).

210. Assim, quanto à ‘ausência de efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos’, conclui-se que, de fato, é possível apontar deficiências de fundamentação no relatório de análise que podem sugerir ausência de análise criteriosa, mais especificamente em relação aos benefícios para a sociedade que se pretendiam alcançar com alguns investimentos, embora, em linhas gerais, a justificativa de que a operação se inseria em política pública que visava consolidar/expandir a liderança internacional de grandes empresas do setor de carnes mostra-se plausível.

211. Nesse contexto, diante da ausência de normas que apontassem objetivamente o nível de detalhamento da análise das operações de renda variável, bem como ausência de comparação com outras operações da espécie realizadas pelo BNDESPar na época, a fim de se verificar se a condução da etapa de análise da concessão de apoio à Bertin discrepou dos procedimentos ordinariamente adotados pelo banco, deixa-se de se considerar esse ponto como fundamento para aplicação de sanção aos responsáveis.

212. Pode-se argumentar que as deficiências decorrentes da ausência de normas que detalhassem o conteúdo do relatório de análise deveriam ensejar responsabilização dos agentes que atuam no nível mais elevado de gestão, incumbidos de estabelecer ou propor as diretrizes para a atuação do banco nessa área. Contudo, tal omissão, e a respectiva responsabilidade, não foram suficientemente aprofundadas nos autos para ser considerada, nesta fase processual, como conduta em si passível de punição.

213. Falha de maior gravidade, e que constou especificamente na descrição das condutas irregulares anteriormente à oportunidade para o exercício de defesa e do contraditório, consistiu na ausência do levantamento apropriado do endividamento. Sobre esse ponto, destaca-se o fato de que,

mesmo com a liberação da primeira parcela de R\$ 1 bilhão pelo BNDESPar em abril de 2008, já no início de setembro daquele ano registrou-se a necessidade da destinação de R\$ 274,7 milhões especificamente para recompor a estrutura de capital, diante do elevado endividamento de curto prazo e da necessidade de se evitar o descumprimento de *covenants* que possibilitavam o vencimento antecipado da dívida, caso a relação dívida líquida/ebitda superasse 3,5.

214. O BNDES apontou que a deterioração da situação financeira da Bertin decorreu predominantemente da superveniente crise do *subprime*, com consequente elevação da taxa de câmbio, restrição de crédito internacional, redução da receita de exportações e inadimplência de importantes clientes na Rússia, Egito e Leste Europeu. Como parte do endividamento da Bertin era em dólar, a expressiva valorização da moeda estrangeira teria elevado o montante do endividamento (Nota Técnica AMC/Depar 28/16 – peça 28 do TC 034.935/2015-0).

215. De fato, são plausíveis as alegações de que a crise financeira internacional ocorrida no final de 2008 tenha sido relevante, ou mesmo determinante, para a inviabilização do cumprimento do plano de negócios da Bertin. Não obstante, como bem observou a unidade técnica, o elevado endividamento de curto prazo e o risco de descumprimento de *covenants* foi mencionado já por ocasião da Informação Padronizada AMC/DEPAC 127/08, emitida pela equipe de acompanhamento em 4/9/2008, como justificativa para a liberação de recursos para aplicação em melhoria da estrutura de capital.

216. Houve expressiva elevação do dólar em 2008, o que possivelmente agravou a situação financeira da Bertin, como alegado por alguns responsáveis. Contudo, a elevação da cotação do dólar naquele ano se iniciou posteriormente a 4/9/2008, do que se conclui que o endividamento era elevado desde a aprovação da aquisição de participação acionária, em abril do mesmo ano.

217. Além disso, como já mencionado, o quadro de usos e fontes do relatório de análise previa a destinação de recursos para a recomposição da estrutura de capital em função das aquisições já realizadas. Ocorre que os recursos que vieram a ser liberados com a destinação específica de recompor o capital despendido, ou a despendido, com as aquisições anteriormente realizadas foi computado como aplicado em ‘aquisições’, segundo as Informações Padronizadas 127 e 163/2008.

218. Desse modo, não se pode considerar que os valores declaradamente destinados à melhoria da estrutura de capital foram liberados ‘em função das aquisições já realizadas’, uma vez que houve destinação de outros valores específicos para ressarcir a quantia gasta com essas aquisições. Disso se conclui que o alto endividamento de curto prazo e a necessidade de reduzir a relação dívida líquida/ebitda para adequá-la aos *covenants*, além de preceder a aprovação da operação, independeu das aquisições realizadas.

219. Esse era um aspecto relevante e deveria ter sido tratado na ocasião da análise que recomendou a aprovação da aquisição da participação acionária pela Bertin. Como visto, o endividamento foi capaz de impactar a execução do plano de negócios, pois acabou por ensejar, ainda em setembro de 2008, a destinação de parte dos recursos do BNDESPar para a melhoria da estrutura de capital (não associada às aquisições, em divergência do previsto no quadro de usos e fontes do relatório de análise), a fim de reduzir a dívida de curto prazo e evitar o descumprimento de *covenants*.

220. Não se está afirmando que tal circunstância (alto endividamento de curto prazo e necessidade de reduzir a relação dívida líquida/ebitda) fosse, por si, óbice à aquisição de participação acionária da Bertin, tampouco que tenha sido a causa determinante da frustração dos objetivos declarados para o aporte do BNDESPar, pois não é possível, com as informações dos autos, isolá-la dos efeitos da crise financeira internacional que sobreveio.

221. Contudo, se, a despeito do alto endividamento de curto prazo e da relação dívida líquida/ebitda da Bertin S/A superior aos *covenants* pactuados, ainda assim a operação era viável e atendia ao interesse público, esse quadro deveria ter sido tratado com clareza, avaliando-se seus

possíveis impactos sobre a execução do plano de negócios e sobre o alcance dos objetivos pretendidos pelo BNDESPar com a operação, especificando-se, inclusive, a quantia do valor aportado que seria destinada à redução do endividamento existente e de que modo o interesse público seria atendido com esse procedimento. Em vez disso, a única passagem do relatório de análise que sugere exame do endividamento consiste na afirmação de que ‘apesar do aumento do endividamento, a relação dívida líquida sobre EBITDA apresentou redução’ (página 44 do relatório), inexistindo menção ao perfil da dívida e ao risco de descumprimento de *covenants*.

222. Considerando que a etapa de análise compreendia o exame da viabilidade da colaboração financeira ao postulante (art. 24 da Resolução BNDES 1.463/2007), bem como a magnitude do valor autorizado (R\$ 2,5 bilhão), é de se concluir que a ausência do levantamento apropriado do endividamento consistiu em falha grave, equiparável ao erro grosseiro, passível de responsabilização. Trata-se de conduta adequadamente descrita no acórdão que determinou a citação e que importou atuação destoante do necessário ‘zelo com os recursos públicos’, compreendido nos valores do BNDES.

223. Quanto à *due diligence*, a adoção desse procedimento poderia ser considerada a favor dos responsáveis, pois demonstraria maior grau de diligência no trato da questão. Todavia, sua ausência não pode ser considerada como irregularidade, uma vez que não se apontou norma que exigisse tal providência na época.

224. Restam, por fim, as irregularidades descritas como ‘proposta de realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira’ e ‘atribuição de valor superior ao justo para a Bertin S.A., por ocasião do aporte’.

225. Para chegar à conclusão de que a Bertin estava com péssima situação financeira, a unidade técnica efetuou a análise dinâmica do capital de giro (modelo de Fleuriet), tendo constatado que a empresa se encontrava no pior nível da escala e que não haveria fluxo de caixa livre para se manter saudável financeiramente.

226. Contudo, após analisar as defesas, a unidade técnica admitiu que a análise anterior deveria ter sido feita com base nos demonstrativos *pro forma* da Bertin S/A de 2005 e 2006, em vez dos demonstrativos da Bertin Ltda. Também reconheceu que a análise se baseou em extrapolação do demonstrativo relativo ao período de 27/7 a 31/12/2007, quando o ideal seria utilizar o demonstrativo para todo o exercício de 2007. Contudo, argumentou que os demonstrativos *pro forma* da Bertin S/A apresentavam inconsistências e que os números dos demonstrativos da Bertin Ltda. eram semelhantes aos números da Bertin S/A.

227. A despeito dos indícios apontados pela unidade técnica de que a análise dos demonstrativos da Bertin S/A conduziria ao mesmo resultado da análise realizada com os da Bertin Ltda., não se considera possível a aplicação de penalidade com base na conclusão de que a empresa se encontrava em péssima situação financeira, sem que seja efetuada reanálise da situação financeira com base nos demonstrativos *pro forma* da Bertin S/A – afinal, essa que foi objeto do investimento – e franqueado o contraditório, o que não se mostra oportuno neste estágio processual.

228. Além disso, a estimativa do fluxo de caixa livre foi efetuada mediante extrapolação do período de 27/7 a 31/12/2007 para todo o exercício, o que a própria unidade técnica, na instrução de mérito, reconheceu não ser o ideal, em que pese o demonstrativo *pro forma* de 2007 apresentasse inconsistências. Na realidade, na própria manifestação que fundamentou o Acórdão 2.154/2008-TCU-Plenário, a unidade técnica já havia ressaltado que ‘não se pode fazer uma afirmação peremptória sobre o fluxo de caixa da empresa’.

229. Em relação à ‘atribuição de valor superior ao justo para a Bertin S.A.’, a unidade técnica chegou a tal conclusão com base na suposição de que não haveria como a empresa obter recursos para viabilizar os investimentos previstos no plano de negócios, pois não seria capaz de gerar caixa com sua atividade, tampouco de obter novos financiamentos, ‘dada a péssima situação

financeira da empresa, segundo o Modelo de Fleuriet'. Desse modo, o aumento de ebit projetado pelo BNDESPar estaria superestimado e, consequentemente, também o *valuation*.

230. É fato que a Bertin, posteriormente ao investimento do BNDESPar, não conseguiu captar os recursos necessários para realizar os investimentos previstos no plano de negócios. Contudo, não se pode descartar que tenha decorrido de eventual restrição de crédito no mercado internacional causada pela crise financeira de 2008, mesmo antes do seu ápice em setembro daquele ano.

231. Vale mencionar que o BNDES, por meio da Nota Técnica AMC/DEPAR 28/16, de 11/5/2016, citando dados do estudo 'Avaliação do apoio da BNDESPar ao setor de carne e mais especificamente à JBS S.A' (Wilkinson, 2014), relacionou diversos frigoríficos que pediram recuperação judicial em razão da crise de 2008. Do referido estudo, destacou ainda o seguinte trecho (grifamos):

A crise de 2008 pegou as empresas brasileiras do setor de carnes em plena expansão e com altos níveis de alavancagem, inclusive em US\$. **O crédito secou** e as exportações entraram em forte declínio (...)

Em 2009, **grande parte das empresas do setor entrou em recuperação judicial** inclusive o Independência, uma das cinco maiores. Mesmo as empresas líderes sofreram prejuízos, de curta duração, no caso da JBS, duradouros no caso da Bertin, a qual não conseguiu lançar uma IPO, e contínuos no caso da Marfrig. A Minerva inicialmente saiu-se ilesa, mas começou a sofrer o peso das suas dívidas em face de um mercado em retração.

232. Embora haja evidências de que a Bertin já possuía elevado endividamento a curto prazo, sendo parte dele associado a *covenants* que fixavam relação máxima dívida líquida/ebitda, não há elementos suficientes para se afirmar, objetivamente, que isso fosse circunstância impeditiva, por si só, para a obtenção de novos financiamentos, até porque os *covenants* vinham sendo cumpridos, ainda que para tanto fosse necessário considerar em conjunto os dados financeiros de sua controladora, a Bracol. Ademais, a conclusão da unidade técnica sobre o fluxo de caixa não foi peremptória, como já mencionado, além da constatação da péssima situação financeira ter se baseado na análise de demonstrativos financeiros da Bertin Ltda. e não da Bertin S/A.

233. Assim, embora haja indícios relevantes de que, em razão do endividamento, a Bertin não conseguiria realizar os investimentos previstos no plano de negócios e, consequentemente, que as projeções de ebitda consideradas no *valuation* estavam superestimadas, não há elementos para avançar além dos indícios, ou seja, para se afirmar com segurança que tais previsões eram irreais, sem a posição privilegiada de quem já sabe o que veio a ocorrer depois. O que se pode afirmar é que não há evidências de que o elevado endividamento tenha sido apropriadamente tratado pela equipe de análise, o que já está sendo objeto de proposta de responsabilização.

234. Em relação às responsabilidades individuais pelas falhas identificadas na fase de análise, a unidade técnica propõe rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas, com aplicação de multa, de todos os signatários do relatório de análise, com exceção dos gerentes jurídicos (Bruno Lintz dos Santos e Fernando Américo de Rezende Neto), cujas defesas propôs acolher, e de Jorge Luiz Sozzi de Moraes, a respeito do qual propôs a exclusão do feito, em razão de seu falecimento em 6/8/2013. Assim, propôs a responsabilização de Eduardo Rath Fingerl, José Cláudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Rafael Petrocelli e Renato Francisco Martins, na qualidade de signatários do relatório de análise.

235. Ainda sobre a fase de análise, propôs a rejeição das alegações de defesa e o julgamento pela irregularidade das contas, com aplicação de multa, de todos os participantes da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008, que aprovou a operação. Assim, propôs a

responsabilização de Luciano Galvão Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, e Jorge Kalache Filho.

236. Nesse ponto, mostra-se oportuno tratar da alegação preliminar no sentido de que as condutas não teriam sido individualizadas previamente ao exercício do contraditório, pois a mesma conduta, com a mesma descrição, foi atribuída a diversos responsáveis, o que se caracterizaria como nulidade processual.

237. De fato, as irregularidades atinentes à fase de análise da aquisição da participação acionária da Bertin foram atribuídas, por meio do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, a dois grupos de responsáveis, como já mencionado: os signatários do relatório de análise e os membros da diretoria participantes da decisão que aprovou a operação.

238. Ocorre que a mesma conduta foi praticada por cada integrante de cada grupo de responsáveis acima mencionado. Os signatários do relatório de análise propuseram a realização da operação, por meio da elaboração de relatório contendo as supostas falhas (do que as respectivas assinaturas no relatório são evidência), enquanto os membros da diretoria aprovaram a operação com base no relatório contendo as referidas falhas (do que o registro da participação na decisão de aprovação é evidência). Assim, o fato de terem praticado as mesmas condutas implica, evidentemente, a mesma descrição na imputação efetuada pelo TCU, sem que se caracterize ausência de individualização ou nulidade.

239. Isso não impede que, na ocasião do exame de mérito, o Tribunal venha eventualmente a excluir responsabilidades com base em situações particulares, a exemplo da constatação de que não seria exigível conduta diversa em razão das respectivas atribuições. Não haverá, nessa hipótese, violação à ampla defesa ou ao contraditório, visto que a exclusão da culpabilidade favorece o responsável.

240. Feito esse esclarecimento, acompanhamos a unidade técnica quanto ao acolhimento da defesa dos gerentes jurídicos e à exclusão do responsável falecido. Quanto aos demais agentes, considerando que, em nosso entendimento, a falha remanescente passível de responsabilização limitou-se à ‘ausência do levantamento apropriado do endividamento’, entendemos que a responsabilização deve ser mais restrita.

241. O relatório de análise que fundamentou a decisão de aprovação do investimento na Bertin S/A foi elaborado conjuntamente por duas unidades: Área de Mercado de Capitais/Departamento de Investimento (AMC/Deinv) e Área Industrial/Departamento de Agroindústria e de bens de consumo (AI/Deiaco).

242. De acordo com a unidade técnica, a Nota AJ/COJIN 025/2017, complementada pelo Memo AJ/DECAD 001/2017, aponta que a responsabilidade do chefe do AI/Deiaco, Jaldir Freire Lima, estaria restrita à elaboração do capítulo 3 do relatório, relativo à análise setorial do mercado de proteína animal.

243. A unidade técnica reconheceu que o capítulo 3 do relatório de análise não recebeu questionamentos específicos do Tribunal. Contudo, como as Notas AJ/COJIN 025/2017 e AJ/COJIN 022/2017 seriam claras ao afirmar que havia duas áreas fundamentais envolvidas na operação, AMC e AI, a unidade técnica ponderou que ‘não se mostra razoável admitir que o Chefe de uma das áreas que capitanearam a análise, a área especializada no setor em que se insere a operação, tenha sido responsável apenas por um capítulo de cunho informativo e tenha aquiescido com um relatório repleto de lacunas de informação e análise’. Assim, propôs rejeitar as alegações de Jaldir Lima.

244. Observa-se, no relatório de análise, que o capítulo 3, cuja elaboração foi atribuída ao AI/Deiaco, então chefiado pelo sr. Jaldir Lima, tratou de aspectos relacionados ao setor do mercado em que atuava a Bertin, enquanto as principais irregularidades apontadas pela unidade técnica, inclusive a ausência do levantamento apropriado do endividamento, referiram-se ao capítulo 4 do

relatório, que tratou dos aspectos econômico-financeiros da Bertin, cuja elaboração foi atribuída ao AMC/Deinv.

245. Assim, divergindo da unidade técnica, entendemos que devem ser acolhidas as justificativas do sr. Jaldir, pois, embora o relatório tenha sido assinado conjuntamente por integrantes dos departamentos AMC/Deinv e AI/Deiaco, é possível identificar as matérias de responsabilidade de cada unidade, não se mostrando razoável exigir que determinado agente apresentasse objeções relativas a assuntos que não eram da sua especialidade, a menos que se tratassem de irregularidades manifestas, o que não pode ser objetivamente afirmado em relação à ‘ausência do levantamento apropriado do endividamento’, especialmente considerando que os normativos do BNDES não especificavam a forma ‘apropriada’ de tratar do endividamento no relatório.

246. Quanto aos demais signatários do relatório de análise que a unidade técnica propôs responsabilizar, trata-se de agentes lotados no departamento AMC/Deinv (José Cláudio Rego Aranha (chefe), Renato Francisco Martins (gerente), Fernanda Farah de Abreu Zorman e Rafael Petrocelli) ou ocupantes de cargos superiores na mesma linha hierárquica (Eduardo Rath Fingerl e Fábio Sotelino da Rocha, diretor e superintendente da AMC, respectivamente). Tendo em vista que os referidos responsáveis, além de terem assinado o relatório, atuavam, diretamente ou em nível de supervisão, na área técnica responsável pelo capítulo do relatório que tratou da análise da situação econômico-financeira da Bertin, considera-se correta a rejeição das respectivas defesas e o julgamento das suas contas pela irregularidade, com aplicação de multa.

247. Na mesma linha, entendemos que a responsabilização dos participantes da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008, que aprovou o aporte de recursos na Bertin, deve levar em consideração a área representada pelo membro da diretoria, a natureza e a expressividade da irregularidade, bem como outros elementos que possam sugerir se era ou não exigível a percepção da falha.

248. Depreende-se das informações dos autos, complementada com pesquisas na internet, que os participantes da decisão de diretoria em questão ocupavam as seguintes funções: Luciano Galvão Coutinho (diretor-presidente), João Carlos Ferraz (não identificada), Eduardo Rath Fingerl (diretor da Área de Mercado de Capitais), Jorge Kalache Filho (diretor-substituto da Área Industrial), Elvio Lima Gaspar (diretor da Área de Inclusão Social), Maurício Borges Lemos (diretor de Área de Planejamento) e Wagner Bittencourt de Oliveira (diretor da Área de Infraestrutura, Insumos Básicos e Estruturação de Projetos).

249. Sobre a dinâmica da atuação da diretoria, vale transcrever o seguinte excerto da Nota AJ/COJIN 22/2017, por meio da qual o BNDES prestou esclarecimentos em resposta ao Ofício 5/2017-TCU/SecexEstataisRJ (peça 1265, p. 58-75):

34. Nos termos do art. 19 do Estatuto do BNDESPar, compete ao Diretor-Presidente a direção, supervisão e coordenação dos trabalhos da diretoria. Aos diretores, consoante a norma do art. 21, além de exercer funções que lhes forem delegadas pelo Diretor-Presidente, compete participar das reuniões da Diretoria, concorrendo para assegurar a definição de políticas a serem adotadas pela BNDESPAR e relatando os assuntos das respectivas unidades técnicas sob sua responsabilidade.

35. 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 o RAn ou a IP, a depender da hipótese.

36. Em relação aos outros Diretores, tomam conhecimento das matérias no momento do fechamento da pauta da Reunião da Diretoria, o que ocorre, em regra, quatro dias antes da referida Reunião.

250. Ainda de acordo com a referida nota, o pedido de investimento é analisado, sob a ótica técnica, impactos ambientais e sociais, pelos engenheiros signatários do relatório de análise. Tais atribuições são exercidas sob a supervisão técnica do gerente e de acordo com o planejamento e organização determinados pelo chefe de departamento e, ainda, com as diretrizes e prioridades definidas pelo superintendente, a quem cabe revisar e reformular o trabalho realizado pela equipe técnica, com a finalidade de subsidiar a tomada de decisão. Ao diretor, caberia administrar e gerir as atividades da área, bem como levar a matéria à apreciação da diretoria.

251. Eduardo Rath Fingerl já está sendo considerado como um dos responsáveis pela irregularidade referente à ausência do levantamento apropriado do endividamento, por ter assinado o relatório de análise. Na qualidade de diretor da Área de Mercado de Capitais, à qual estava diretamente subordinada a AMC/Deinv, unidade responsável pela elaboração do capítulo do relatório sobre a análise da situação econômico-financeira da Bertin, era-lhe exigível conhecimento específico a respeito dos procedimentos das equipes técnicas e a percepção da falha em questão, mesmo atuando em nível de supervisão.

252. Diferentemente, em relação aos diretores das demais áreas, não se observam elementos para se afirmar que lhes era exigível a percepção da ausência do levantamento apropriado do endividamento.

253. Tais agentes eram responsáveis por áreas especializadas em assuntos técnicos diversos. De um lado, observa-se o expressivo valor do investimento (R\$ 2,5 bilhões), requerendo, por isso, análise particularmente cautelosa. De outro, a irregularidade em questão decorre de deficiência de natureza técnica, em análise realizada por empregados presumivelmente com conhecimento técnico e submetida a quatro níveis de supervisão na área especializada (gerente, chefe de departamento, superintendente e diretor).

254. Isso não significa que membros da diretoria não possam ser responsabilizados por irregularidades em assuntos levados a deliberação por diretor de outra área, o que tornaria inútil a submissão das matérias ao colegiado. Contudo, ainda que expressivo o valor do investimento, não se mostra adequado considerá-los automaticamente responsáveis por toda e qualquer irregularidade nas matérias submetidas a deliberação.

255. Quanto ao diretor-presidente, a ele competia a ‘direção, supervisão e coordenação dos trabalhos da diretoria’, de acordo com a Nota AJ/COJIN 22/2017. Como se vê, tinha dever de supervisão sobre todas as diretorias, sendo-lhe, portanto, exigível conhecimento das respectivas atividades, ainda que em nível mais geral. Considerando a materialidade do aporte colocado em deliberação e a relevância da análise do endividamento para a avaliação da viabilidade da operação, deveria ter se certificado de que tal aspecto fora examinado de forma aprofundada pela área técnica, do que se conclui pela sua responsabilidade.

256. Assim, divergindo em parte da unidade técnica, propõe-se o acolhimento das alegações de defesa dos participantes da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008, à exceção das de Eduardo Rath Fingerl (diretor da AMC) e Luciano Galvão Coutinho (diretor-presidente).

V

257. Os membros da equipe técnica responsável pela fase de acompanhamento do aporte de recursos para aquisição da participação acionária da Bertin foram ouvidos em audiência determinada mediante despacho do relator, de 14/3/2018 (peça 207 do TC 034.935/2015-0), por terem:

- c.1) permitido que a maior parte dos recursos investidos na Bertin S/A, via participação acionária, fosse destinada majoritariamente à melhoria da estrutura de capital da empresa, em detrimento do cumprimento do Plano de Negócios, que previa a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes e implantação de novas unidades industriais, 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; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, e 160 da Lei 6.404/76;

c.2) negligenciado o elevado endividamento da Bertin S/A, pois, tendo conhecimento que a situação do endividamento da empresa se agravava rapidamente, não elaboraram um plano de contingência que pudesse equacionar o problema, e não levaram ao conhecimento da diretoria a situação da empresa, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, o disposto nos arts. 51, parágrafo único e 52, parágrafo único, das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução BNDES 1.463/2007, mas também as circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter acompanhado a operação, analisado as condições em que ela se desenrolava, 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;

258. Ainda sobre a fase de acompanhamento, o mesmo despacho determinou a audiência dos membros da diretoria do BNDES por:

d.1) não terem acompanhado a utilização e aplicação do elevado montante de recursos entregues à Bertin S/A via participação acionária, contrariando o disposto nos arts. 153; 154, §2º, 'a'; 155, II; 158, I, II e 160 da Lei 6.404/76;

d.2) não terem exigido, da equipe técnica de acompanhamento da operação, informações sobre a situação financeira da Bertin S/A, concorrendo para que a situação de endividamento da empresa se agravasse, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, o disposto nos arts. 51, parágrafo único e 52, parágrafo único, das Normas Aplicáveis ao Fluxo das Operações Diretas e Indiretas Não-Automáticas do Sistema BNDES, anexas à Resolução BNDES 1.463/2007, mas as circunstâncias que os cercavam, pois deveriam ter acompanhado a operação, analisado as condições em que ela se desenrolava, 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;

259. Posteriormente, por meio do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, em seu item 9.6.4., o tribunal determinou que fosse efetuada nova análise da conduta dos membros da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte de capital na empresa Bertin S/A em 2008, e da diretoria em exercício durante o referido ano, a fim de identificar, mantidos os padrões já estabelecidos quando da análise da responsabilidade no TC 034.932/2015-1, 'eventuais responsabilidades pela ausência de cumprimento das funções de acompanhamento e avaliação que lhes cabiam, pelos dois danos identificados nas Seções V/VIII e IX do voto que fundamenta este acórdão'.

260. Em resumo, por ocasião do despacho de 14/3/2018, não foram imputadas responsabilidades por dano ao erário aos agentes que atuaram no acompanhamento da operação, mas apenas possíveis irregularidades passíveis de sanção. Posteriormente, quando da prolação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, em 12/9/2018, determinou-se a reavaliação das condutas desses agentes com vistas a apurar eventual responsabilidade pelos possíveis débitos.

261. A fim de atender à referida determinação, a SecexEstatais, em manifestação de 12/12/2018 (peça 671), concluiu que a equipe técnica de acompanhamento e o membros da diretoria naquele exercício 'envidaram esforços no sentido de reduzir por completo o prejuízo suportado pela BNDESPar em razão do presente investimento, embora não tenham logrado o êxito esperado, já que, dos R\$ 2,5 bilhões, o montante de R\$ 670 milhões teria sido supostamente perdido, acarretando o débito apontado nestes autos'.

262. Assim, propôs ao relator considerá-los 'isentos de responsabilidade pelos danos apurados nos presentes autos'.

263. Não obstante, na instrução de mérito (peça 1457), a SecexFinanças considerou que tal análise, além de não ter sido objeto de manifestação do ministro relator, referiu-se especificamente ao dano ao erário, não compreendendo as irregularidades objeto da audiência determinada por meio

do despacho de 14/3/2018. A respeito dessas últimas, após analisar as razões de justificativas, concluiu que:

a equipe de acompanhamento registrou, em parte, a situação de endividamento da Bertin, porém falhou em: não apontar os valores que foram alocados a título de investimentos mas estavam no Caixa da empresa, assim como o reflexo disso nos índices de endividamento; não analisar a evolução futura dos indicadores de endividamento, quando tais recursos fossem efetivamente utilizados para pagamento das parcelas vincendas das aquisições; não apontar a necessidade de reavaliação do Plano de Negócios, em decorrência da destinação de recursos para melhoria da estrutura de capital em quantidades maiores que as esperadas; e ao não propor medidas para a solução dos problemas.

264. Com base nessa conclusão, a unidade técnica propôs rejeitar as razões de justificativas de alguns membros da equipe técnica de acompanhamento e acolher as de outros, por não lhes caber a definição das atividades de acompanhamento a serem executadas. Em relação aos membros da diretoria no período do acompanhamento, propôs rejeitar as razões de justificativas do diretor da área de mercado de capitais e do diretor presidente e acolher as dos demais, por entender que apenas aqueles dois teriam responsabilidades pelas falhas.

265. Nesse ponto, é importante retomar as condutas irregulares atribuídas aos membros da equipe técnica responsável por acompanhar o investimento na Bertin, conforme despacho que determinou as audiências, que podem ser assim resumidas:

1) terem permitido que os recursos investidos fossem aplicados majoritariamente em melhoria da estrutura de capital, em detrimento do cumprimento do Plano de Negócios, que previa a aquisição de empresas e investimentos em modernização, ampliação e implantação de novas unidades;

2) terem negligenciado o elevado endividamento da Bertin S/A, pois, tendo conhecimento que a situação do endividamento da empresa se agravava rapidamente, não elaboraram um plano de contingência que pudesse equacionar o problema, e não levaram ao conhecimento da diretoria a situação da empresa.

266. Embora concordemos em parte quanto às falhas não elididas apontadas pela unidade técnica na instrução de mérito, entendemos que não houve caracterização de negligência grave ou erro grosseiro na fase de acompanhamento, para fins de responsabilização nos termos do art. 28 da Lindb, conforme análise que segue.

267. A primeira liberação de recursos, no valor de R\$ 1 bilhão, foi realizada em abril de 2008, anteriormente ao período em que a operação ficou sob responsabilidade da AMC/DEPAC (11/6/2008 a 29/12/2009), departamento incumbido do acompanhamento de operações de renda variável.

268. O referido departamento atuou na segunda e na terceira liberação de recursos, sendo que a recomendação da segunda liberação, no valor de R\$ 800 milhões, se deu por meio do documento IP AMC/DEPAC 127/08, emitido em 4/9/2008. No referido documento, constou que parte dos recursos seriam destinados a aquisições em conformidade com o plano de negócios (R\$ 525,272 milhões) e parte destinada à recomposição da estrutura de capital (R\$ 274,728 milhões), sendo essa última justificada expressamente com base no elevado endividamento de curto prazo e na existência de *covenants*, estipulando valor máximo de 3,5 para a relação Dívida Líquida/Ebitda dos últimos 12 meses, o qual, caso extrapolado, possibilitaria a solicitação de pagamento antecipado por parte dos credores.

269. Mencionou-se também que, em junho e julho daquele ano, a companhia tentou realizar emissão de novos títulos no mercado externo, no montante de US\$ 300 milhões e US\$ 600 milhões, o que permitiria o alongamento do prazo médio do endividamento. Contudo, diante da restrição de liquidez do mercado financeiro internacional, não teria sido possível efetivar a captação a taxas de juros aceitáveis.

270. Concluiu-se afirmando ser esperado que a Bertin S/A conseguisse realizar a colocação de títulos externos com a retomada do mercado, após as férias de verão no hemisfério norte. Nesse contexto, o aporte do BNDESPar auxiliaria no processo de captação, permitindo melhora significativa nos indicadores de alavancagem financeira da Companhia, podendo também influir nos custos financeiros incorridos.

271. A recomendação para a terceira liberação dos recursos, no valor aproximado de R\$ 700 milhões, se deu por meio do documento IP AMC/DEPAC 163/08, emitido em 5/12/2008. Nesse documento, também constou que parte dos recursos seriam destinados a aquisições (R\$ 231,566 milhões) e parte maior para recomposição da estrutura de capital (R\$ 468,363 milhões).

272. Mais uma vez, apontou-se o elevado endividamento de curto prazo e a existência de *covenants* como justificativa para o aporte de recursos em melhoria da estrutura de capital. Observou-se que a elevação do dólar em 26,5% entre 30/9 e 3/12/2008 foi prejudicial nesse aspecto, pois 61% do endividamento da companhia estava atrelado à moeda estrangeira. Embora a desvalorização do real fosse, por um lado, benéfica à empresa em razão das receitas auferidas com exportações, o impacto nesse caso se dava apenas ao longo do tempo, à medida que as vendas ao exterior iam sendo realizadas. Já o impacto sobre a contabilização da dívida ocorria no dia do fechamento do balanço patrimonial.

273. Assim, entendeu-se que a melhoria da estrutura de capital era necessária. Contudo, naquela oportunidade, também se exigiu dos controladores da Bertin o aporte de R\$ 200 milhões para que fosse possível o cumprimento dos *covenants* da dívida.

274. Até aqui já se percebe a existência de elementos indicativos de que a equipe da AMC/DEPAC atentou para o montante e o perfil do endividamento da Bertin S/A, sendo que a própria destinação de mais recursos para melhoria da estrutura de capital, inclusive com a exigência de aporte adicional de R\$ 200 milhões por parte dos controladores, em vez da realização de aquisições ou expansão de ativos fixos, foi medida adotada justamente para lidar com a contingência do agravamento da situação financeira da empresa.

275. É importante ressaltar que o AMC/DEPAC passou a atuar após a liberação de R\$ 1 bilhão pelo BNDESPar, sendo, portanto, de se levar em consideração que a não realização de novos aportes para a melhoria da estrutura de capital, e, possivelmente, o consequente vencimento antecipado de parte da dívida em razão do eventual não cumprimento dos *covenants*, poderia agravar ainda mais a situação financeira da empresa, ampliando o risco de perda do expressivo valor já investido pelo banco estatal.

276. Para melhor compreensão do contexto, convém mencionar as informações que constam do Relatório V da comissão constituída pelo BNDES para apurar fatos relativos às operações envolvendo a JBS.

277. De acordo com o referido relatório, que tratou especificamente da operação de aquisição de participação acionária na Bertin e da sua incorporação pela JBS, a deterioração da percepção de risco sobre a empresa é compreendida no contexto da crise do *subprime* e de suas consequências para países emergentes como o Brasil, com forte restrição do crédito disponível para o setor produtivo, já no final de 2008.

278. Destacou-se que o setor de carne bovina vinha crescendo de forma acelerada no período entre 2004 e 2007 (25% ao ano) e, por isso, as empresas vinham investindo para suportar essa expansão, razão pela qual se encontravam endividadas, a maioria em moeda estrangeira.

279. Nesse contexto, a depreciação cambial de 31% em 2008 combinada com a dificuldade de renovar linhas de crédito e, ainda, com a queda de receita de exportações da ordem de 25% em 2009 levou várias empresas do setor a solicitarem recuperação judicial, a exemplo da Arantes Alimentos, Frigorífico Estrela, Frialto, Fribrasil, Margen, Mataboi, Quatro Marcos, São Mateus e

Independência, sendo essa última empresa uma das cinco maiores do setor. Também do agronegócio, a Sadia enfrentou dificuldades financeiras, tendo sido adquirida pela Perdigão em maio de 2009.

280. Prossegue o relatório de apuração narrando que a Bertin teve significativo crescimento da dívida a partir do segundo semestre de 2008 e durante o ano de 2009, devido à depreciação acelerada do real frente ao dólar. Nesse período, teria havido ainda a inadimplência de importantes clientes na Rússia, Egito e Leste Europeu, agravando o fluxo de caixa da empresa. Todos esses fatores teriam levado à deterioração do risco financeiro da empresa, à maior restrição de crédito, ao aumento do custo do endividamento e ao encurtamento do respectivo prazo.

281. A esse cenário somou-se, segundo o relatório, o insucesso na profissionalização da gestão da Bertin, um dos objetivos do apoio financeiro do BNDESPar. Embora tivessem sido contratados profissionais de mercado para cargos na diretoria, dentre outras medidas para boa governança a serem implementadas, a profissionalização da empresa não foi à frente, tendo ocorrido a demissão desses executivos cerca de seis meses após a admissão, em razão da situação financeira delicada da companhia.

282. Consta ainda do mencionado relatório de apuração que, segundo entrevistas com a equipe do AMC/DEPAC, o referido departamento e a Bertin passaram a buscar mais intensamente alternativas que pudessem reequilibrar financeiramente a empresa em 2009, após a divulgação das demonstrações financeiras auditadas do exercício de 2008 e do primeiro trimestre de 2009, que mostravam a situação delicada da empresa.

283. Segundo o relatório, uma das alternativas cogitadas consistiu na capitalização da empresa mediante incorporação de outros ativos do grupo controlador, bem como aporte adicional do BNDESPar.

284. A comissão de apuração relatou ter tido acesso a cópias de mensagens da época mostrando estudos nesse sentido, sendo que uma das simulações demonstrava o ebitda/ano a ser gerado pela incorporação dos ativos e a dívida líquida resultante. Contudo, o aporte adicional do BNDESPar levaria a estatal a ter o controle da Bertin, o que não era admitido pelos normativos do banco.

285. Outra alternativa estudada consistiu na fusão com a Marfrig. A avaliação da Bertin para essa finalidade, efetuada pelo Itaú BBA, estimou a empresa em R\$ 5,537 bilhões, o que levaria o BNDESPar a reconhecer uma perda de cerca de R\$ 1 bilhão, caso a fusão ocorresse. Segundo o relatório de apuração, a operação não foi adiante porque: 1) a JBS ofereceu proposta mais vantajosa pela Bertin; 2) a Marfrig também avaliava a possibilidade de adquirir a Seara, o que acabou sendo anunciado em setembro de 2009.

286. A medida que veio a ser adotada foi a incorporação da Bertin pela JBS. De acordo com o relatório da comissão de apuração, as ações da JBS recebidas em troca da participação do BNDESPar na Bertin valiam R\$ 2.376.999.588,50, em 29/12/2009, data de fechamento da operação, com base na cotação média desse dia. Isso significava uma perda de R\$ 122,9 milhões em relação ao investimento inicial do BNDESPar. Entretanto, além de menor do que a perda estimada na operação cogitada com a Marfrig, poderia ser recuperada ao longo do tempo por meio da valorização das ações da JBS, o que de fato veio a ocorrer, como visto anteriormente neste parecer.

287. Feito esse histórico dos eventos ocorridos entre o segundo semestre de 2008 e o final de 2009, e considerando que a equipe do AMC/DEPAC passou a atuar quando R\$ 1 bilhão já haviam sido liberados, não é possível concluir que tal equipe negligenciou o elevado endividamento da Bertin. Na realidade, elementos dos autos e o respectivo contexto sugerem que a referida equipe adotou medidas, desde a primeira liberação de recursos sob sua responsabilidade até a associação com a JBS, que, em conjunto, obtiveram êxito em preservar o investimento do BNDESPar, evitando a ocorrência de prejuízo aos cofres do banco.

288. Vale mencionar que, embora a equipe técnica não tenha apresentado formalmente ‘plano de contingência’ – mesmo porque não havia tal exigência nas normas apontadas como descumpridas – medidas contingenciais foram adotadas, como visto acima, atendendo ao disposto no art. 51, parágrafo único, da Resolução BNDES 1.463/2007:

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 e/ou o investimento em valor mobiliário realizado por empresa do sistema BNDES.

289. Não há como afirmar que o resultado final teria sido melhor em termos de preservação do valor de R\$ 1 bilhão já investido quando o AMC/DEPAC passou a atuar, se outras medidas tivessem sido adotadas, a exemplo da não liberação dos recursos previstos e/ou da realização de desinvestimentos, em vez das medidas contingencias efetivadas (liberação dos recursos com destinação maior para a melhoria da estrutura de capital, bem como exigência de aporte adicional dos controladores).

290. Quanto à outra conduta irregular atribuída à equipe de acompanhamento, qual seja, terem permitido que os recursos investidos fossem aplicados majoritariamente em melhoria da estrutura de capital, em vez da aquisição de empresas e investimentos, tal circunstância foi justificada, como já visto, nos próprios atos que autorizaram as liberações, diante do montante e perfil do endividamento, o qual, segundo relatado inclusive pela comissão de apuração, deteriorou-se rapidamente ao longo do segundo semestre de 2008 e em 2009, com a elevação do dólar, a restrição de crédito internacional, a inadimplência de clientes e a escalada da crise do *subprime*, que teria levado diversas empresas do ramo a pedirem recuperação judicial.

291. Por outro lado, é de se reconhecer, como apontado pela unidade técnica, a existência de falhas na atuação da equipe responsável pelo acompanhamento, caracterizada por certo grau de deficiência na fundamentação das IPs que recomendaram a liberação da segunda e da terceira parcelas.

292. Uma falha, bem observada pela unidade técnica, consistiu em não terem endereçado definitivamente a questão do endividamento nessas oportunidades em que se recomendou a liberação da segunda e da terceira parcelas do aporte do BNDESPar. Embora a destinação de parte dos recursos para a melhoria da estrutura de capital pudesse ser eficaz, ao menos temporariamente, para cumprir os *covenants* e evitar o vencimento antecipado de parte da dívida, e, ainda, possibilitar a redução do montante da dívida de curto prazo, não se explicou de que forma os investimentos previstos no plano de negócios seriam realizados, tampouco se propôs ajustes ao referido plano.

293. Ainda que eventualmente se tenha cogitado, na ocasião, que a aplicação dos recursos do BNDESPar na melhoria da estrutura de capital da Bertin poderia proporcionar tempo suficiente para maturação dos investimentos recém realizados e, com isso, possibilitar o crescimento do ebitda de modo a viabilizar novas captações de recursos no mercado sem descumprir a relação dívida líquida/ebitda estabelecida pelos *covenants*, nada disso foi mencionado nas IPs, tampouco constaram análises de projeções do endividamento ou do ebitda, a fim de avaliar se essa ou outra solução era, naquele momento, tida como viável.

294. Não obstante essa falha, considerando o conjunto das medidas adotadas pelo AMC/DEPAC para solucionar o problema gerado pela situação financeira da Bertin S.A., incluindo as tratativas que se intensificaram a partir de 2009 e que resultaram na incorporação pela JBS, as destinações de recursos para melhoria de capital em 2008 possivelmente contribuíram para aliviar, ainda que temporariamente, a situação financeira da empresa e possibilitar que viesse posteriormente a ser adquirida pela JBS em condições que foram, ao fim, suficientes para evitar prejuízo ao BNDESPar, inclusive em relação ao aporte inicial de R\$ 1 bilhão que já havia sido realizado quando a equipe de acompanhamento começou a atuar.

295. Nesse contexto, em que o prejuízo veio de fato a ser evitado pelas providências adotadas no acompanhamento da operação, mesmo em meio à delicada conjuntura do mercado, a falha não se mostra grave o suficiente para ensejar a aplicação de sanções aos agentes responsáveis pela fase de acompanhamento, sejam os membros da equipe técnica, sejam os da diretoria do BNDES.

296. Outra falha bem registrada pela unidade técnica consistiu na ausência de menção, ao se atestar a aplicação dos recursos da primeira e da segunda liberação, que parte das quantias apontadas como aplicadas na aquisição da Vigor permaneceriam temporariamente no caixa da empresa, já que parte do valor da aquisição seria pago parceladamente.

297. Contudo, consideramos essa falha de menor gravidade, uma vez que o pagamento deveria se dar majoritariamente em curto prazo. De acordo com as informações da unidade técnica (peça 202 do TC 034.935/2015-0), R\$ 200 milhões seriam pagos mediante 25 parcelas mensais, a partir de janeiro de 2008, e R\$ 435 milhões seriam pagos em 12 parcelas mensais, a partir de setembro de 2008.

298. Desse modo, cerca de 95% do valor parcelado deveria ser pago até setembro de 2009, um ano após a IP AMC/DEPAC 127/08, que atestou a aplicação da primeira liberação, e cerca de 99% deveriam ser pagos até dezembro de 2009, um ano após a IP AMC/DEPAC 163/08, que atestou a aplicação da segunda liberação.

299. Considerando que a contratação da aquisição da Vigor foi realizada anteriormente às IPs que atestaram a aplicação dos recursos nessa finalidade; que não há notícia de rescisão contratual por inadimplemento; e que o dinheiro é bem fungível por excelência, não é equivocado concluir que os valores aportados pelo BNDESPar foram de fato aplicados na aquisição da Vigor conforme atestado nas referidas IPs, ainda que no curto prazo tenham em parte permanecido temporariamente no caixa da Bertin.

300. Assim, conclui-se pelo acolhimento parcial das razões de justificativas em relação às irregularidades apontadas na fase de acompanhamento da operação de aquisição de participação acionária na Bertin S/A, ressaltando-se as contas dos integrantes da equipe técnica, em razão das falhas não elididas, de menor gravidade.

VI

301. Quanto à incorporação da Bertin S/A pela JBS S/A, o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário não determinou audiências ou citações em razão de irregularidades ocorridas nessa operação. Contudo, ordenou que se transferisse para a tomada de contas especial o exame das audiências determinadas no despacho à peça 207 do TC 034.935/2015-0.

302. Tais audiências, dirigidas a diversos responsáveis, tiveram como objeto condutas decorrentes de duas irregularidades, em síntese: 1) o não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S/A pelo BNDES, que lhe facultaria a possibilidade de inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin S/A na operação de transferência do controle da companhia com base em valores constantes do Acordo de Acionistas; 2) omissão com relação ao *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S/A, estimado em laudo de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.

303. Em relação à primeira irregularidade, a unidade técnica concluiu, na análise de mérito, pelo acolhimento das razões de justificativa, considerando que havia razões para o não exercício desse direito, uma vez que poderia inviabilizar a própria operação de incorporação.

304. Sem adentrar na controvérsia sobre a aplicabilidade dessa cláusula à operação de fusão, concordamos com a unidade técnica pelo acolhimento das razões de justificativa, visto que, de qualquer forma, a inviabilização da operação seria contrária aos interesses do BNDES em preservar o investimento na Bertin.

305. Quanto à segunda irregularidade, houve divergência entre a posição do auditor instrutor e do diretor da subunidade técnica, que foi acompanhado pelo titular da unidade.

306. O auditor instrutor concluiu que, embora os responsáveis não tenham conseguido afastar os indícios de que a avaliação econômica da Bertin, feita pela Apsis, apontava valor superestimado, não seria exigível deles maior aprofundamento a respeito de tal avaliação – uma vez que não havia evidências de que os técnicos e administradores tinham conhecimento das tratativas escusas entre os controladores de Bertin S/A. e JBS S/A., tampouco evidências de prejuízo para o BNDESPar.

307. Assim, propôs o acolhimento parcial das razões de justificativa, sem aplicação de sanções.

308. O diretor da subunidade técnica, por sua vez, divergiu desse encaminhamento sob o argumento de que ‘o BNDES apoiou financeiramente operação de incorporação a ser realizada pela JBS S/A, tendo ciência de que o valor de Bertin estava superdimensionado e de que isso, por consequência lógica, acarretaria prejuízos aos acionistas da JBS S/A, em especial, aos minoritários, que dispõem de menos acesso à informação qualificada’.

309. Segundo o diretor, uma vez que tinha ciência dessa possível lesão a minoritários da JBS S/A, o banco deveria ao menos alertar às partes envolvidas na negociação, que a sobreavaliação da Bertin teria de ser reportada aos acionistas minoritários da JBS, para que adotassem decisão consciente, livre e informada sobre o assunto em assembleia geral de acionistas.

310. Embora tal conduta pudesse ocasionar o risco de não aprovação da operação societária, prosseguiu, ‘o banco não pode operar quebrando regras caras para o mercado de capitais, com vistas tão somente a se beneficiar do ponto de vista financeiro’, pois haveria relevantes razões de natureza pública que levaram à criação da BNDESPar, das quais o banco não poderia se afastar.

311. Nesse sentido, destacou que lesar minoritários afronta claramente o objeto social do banco, previsto em seu estatuto. Assim, ‘o banco deveria ter exigido que a decisão dos acionistas da JBS S/A fosse realizada, repita-se, de forma consciente, livre e devidamente informada, disponibilizando também o *valuation* realizado pelo Itaú BBA’. Acrescentou ainda que o banco apoiou, com recursos próprios, a incorporação, não podendo atuar em contrariedade ao seu estatuto.

312. Dessa forma, propôs a rejeição das razões de justificativa quanto a essa irregularidade, no que foi, como já dito, acompanhado pelo titular da unidade técnica.

313. Concordamos, neste ponto, com o auditor instrutor. Não compete ao TCU aferir se houve conduta lesiva aos interesses dos investidores minoritários. Trata-se de atribuição da Comissão de Valores Mobiliários, entidade legalmente incumbida de fiscalizar as atividades de valores mobiliários (art. 8º, III, da Lei 6.385/1976).

314. Nesse sentido, como observado pelo auditor instrutor, já existe o Procedimento Administrativo Sancionador 19957.008434/2019-03, instaurado naquela autarquia para apurar a operação em tela (ainda não concluído).

315. Ademais, a Apsis Consultoria, autora do laudo que apresentou o valor supostamente sobreavaliado, apresenta-se como empresa com mais de 40 anos no mercado e vasta experiência em operações societárias, incluindo *valuation* de empresas, conforme se verifica em seu *site*, no qual constam clientes como a Cosan, Ambev, Neoenergia, dentre outros.

316. Além disso, deve-se levar em consideração o elevado grau de subjetividade envolvido na atividade de avaliação do valor econômico de empresas pelo método do fluxo de caixa descontado, já mencionado neste parecer, por envolver premissas e projeções com razoável margem de imprecisão. Dessa forma, eventual discrepância entre laudos elaborados por avaliadores distintos, ainda que significativa, não é, por si só, evidência de irregularidade.

317. Assim, por mais que se mostrem em tese pertinentes os indícios de sobreavaliação apontados pela unidade técnica, inclusive a existência de laudo elaborado pelo Itaú BBA que

apontava valor substancialmente inferior para a Bertin – laudo esse que não foi elaborado para a aquisição pela JBS, mas para a fusão com a Marfrig, que não veio a se concretizar –, não se mostra a princípio exigível dos agentes do BNDESPar que interferissem na operação em sentido nitidamente contrário aos interesses do banco estatal que integravam, com base tão somente na suposição de que o laudo elaborado pela Apsis, empresa experiente e reconhecida no mercado, contratada especificamente para atuar na operação envolvendo a Bertin e a JBS, seria lesivo aos interesses dos acionistas minoritários.

318. Poderia ser possível chegar a conclusão diferente caso houvesse evidências nos presentes autos de que os agentes do BNDES tinham conhecimento das transações aparentemente dissimuladas entre os controladores da JBS e os controladores da Bertin, apuradas pela Receita Federal, mediante as quais teriam sido transferidos cerca quatro bilhões em participações. Não há, contudo, evidências nesse sentido, razão pela qual se propõe o acolhimento das razões de justificativa em relação às irregularidades referentes à incorporação da Bertin S/A pela JBS S/A.

VII

319. Quanto aos responsáveis Joesley Mendonça Batista e JBS S/A, a unidade técnica propôs manter o sobrestamento das respectivas contas até o julgamento de mérito dos Mandados de Segurança 37.705 e 37.728, os quais, como já mencionado neste parecer, tiveram o mérito recentemente deliberado. Não houve, contudo, trânsito em julgado, haja vista a interposição de agravos regimentais.

320. Todavia, não se verificam razões para a manutenção dos referidos responsáveis no polo passivo do presente processo.

321. A Joesley Mendonça Batista foi atribuída, por meio do despacho do relator de 14 de março de 2018, proferido no TC 034.935/2015-0, a conduta de realizar associação ilícita com Victor Garcia Sandri, Guido Mantega e Luciano Galvão Coutinho (os dois primeiros já excluídos do feito) para viabilizar a operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A.

322. A JBS S/A, por sua vez, foi citada como sucessora da Bertin S/A, em razão de supostamente ter sido ‘favorecida pelas condutas irregulares descritas e beneficiária do valor pago a maior por suas ações pelo BNDESPar’.

323. Como visto neste parecer, a unidade técnica concluiu pela impossibilidade de quantificação do suposto débito que ensejou a citação da JBS S/A. Caso se acolha essa análise, não será viável a responsabilização da referida empresa no presente processo de tomada de contas especial.

324. Em relação ao sr. Joesley Mendonça Batista, não foram apontadas, nos presentes autos, evidências de associação ilícita com agente público para viabilizar a operação de fusão entre as empresas JBS S/A e Bertin S/A, tampouco de que tal fusão tenha causado danos aos cofres do BNDESPar. Pelo contrário, os elementos dos autos conduzem à conclusão de que a referida fusão proporcionou a preservação do investimento da estatal na Bertin. Quanto à possibilidade de tal operação ter causado prejuízo aos demais acionistas minoritários, a apuração escapa à competência desta Corte.

325. Assim, o sr. Joesley Mendonça Batista e a empresa JBS S/A deverão ser excluídos da relação processual, providência que não afronta as decisões proferidas nos MS 37.705 e 37.728, uma vez que nenhum prejuízo causa aos referidos responsáveis.

VIII

326. Em conclusão, conforme análise efetuada no presente parecer, remanesceu como irregularidade caracterizada nos autos a proposta e aprovação da aquisição de participação acionária da Bertin S/A pelo BNDESPar sem o levantamento apropriado do endividamento da referida empresa. A irregularidade foi considerada imputável a Eduardo Rath Fingerl, Fábio Sotelino da Rocha, José Cláudio Rego Aranha, Renato Francisco Martins, Fernanda Farah de Abreu Zorman,

Rafael Petrocelli e Luciano Galvão Coutinho, a respeito dos quais se propõe rejeitar parcialmente as alegações de defesa, julgar suas contas irregulares e aplicar-lhes a multa prevista no art. 58, I, da Lei 8.443/1992.

327. Não se identificaram evidências de dolo ou da ocorrência de dano aos cofres do BNDESPar, não se mostrando a irregularidade em questão grave o bastante para aplicação da pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

328. Quanto às demais irregularidades que ensejaram as audiências e citações, foram descaracterizadas ou consideradas insuficientemente graves para ensejar o julgamento das contas pela irregularidade e a aplicação de penalidades.

329. Nessa linha, propõe-se acolher parcialmente as alegações de defesa e/ou razões de justificativas das equipes técnicas responsáveis pelo enquadramento (Caio Britto de Azevedo, Priscila Tavares Camacho Bak, e Renata Moustapha Correa) e pelo acompanhamento da operação de aquisição de participação acionária da Bertin S/A (André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Márcio Duarte de Medeiros, Sérgio Foldes Guimaraes e Sérgio José Suarez Pompeo), julgando suas contas regulares com ressalva, em razão das falhas apontadas nos tópicos correspondentes deste parecer (exceto os responsáveis que também atuaram na fase de análise e terão suas contas julgadas irregulares), e acolher as alegações de defesa e/ou razões de justificativas dos demais responsáveis arrolados nos autos, julgando suas contas regulares, à exceção de João Paulo dos Reis Velloso (falecido), Jorge Luiz Sozzi de Moraes (falecido), Joesley Mendonça Batista e JBS S/A, que deverão ser excluídos da relação processual.

330. Por fim, anuem-se às análises e conclusões da unidade técnica quanto às questões não abordadas expressamente neste parecer.

IX

331. Ante o exposto, esta representante do Ministério Público de Contas manifesta-se no sentido de que seja adotado o seguinte encaminhamento, em substituição à proposta apresentada pela unidade técnica:

- a) excluir do rol de responsáveis do processo os Srs. João Paulo dos Reis Velloso, CPF 019.687.267-72, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, CPF 238.880.407-87, Joesley Mendonça Batista, CPF 376.842.211-91, e a empresa JBS S/A, CNPJ 02.916.265/0001-60;
- b) considerar revel o Sr. Miguel João Jorge Filho, CPF 024.842.858-68, para todos os efeitos processuais;
- c) acolher as alegações de defesa e/ou razões de justificativa dos seguintes responsáveis: Srs. Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, Fernando Américo de Rezende Neto, CPF 441.314.617-49, Cláudio Figueiredo Coelho Leal, CPF 551.703.740-20, Carlos Eduardo Castello Branco, CPF 405.878.277-34, Nelson Fontes Siffert Filho, CPF 770.209.607-15, Bruno Fraga Leal, CPF 850.465.406-06, Sérgio Eduardo Weguelin Vieira, CPF 483.591.067-20, Álvaro Oliveira de Freitas, CPF 805.593.447-91, Eduardo Klingelhofer de Sá, CPF 820.120.087-04, Maria Isabel Rezende Aboim, CPF 385.012.797-49, Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, CPF 087.781.287-06, Letícia Lourenço Costa, CPF 333.709.758-82, Renata Bastos Maccacchero Victor, CPF 024.899.207-40, Rodrigo Rabelo Tavares Borba, CPF 088.705.347-58, Miguel João Jorge Filho, CPF 024.842.858-68, Alessandro Golombiewski Teixeira, CPF 656.147.550-04, Carlos Roberto Lupi, CPF 434.259.097-20, Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, CPF 008.564.287-87, Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva, CPF 691.850.857-15, Paulo Bernardo Silva, CPF 112.538.191-49, Pedro Luiz Carneiro de Mendonça, CPF 038.794.701-97, Clara Levin Ant, CPF 646.409.658-34, Ivan João Guimarães Ramalho, CPF 280.080.578-15, Roberto Teixeira da Costa, CPF 007.596.358-20, Reginaldo Braga

Arcuri, CPF 197.796.666-72, André Luiz Barreto de Paiva Filho, CPF 563.915.520-53, Carlos Eduardo Esteves Lima, CPF 474.292.406-15, Cláudio de Almeida Neves, CPF 033.228.827-72, Cleber Ubiratan de Oliveira, CPF 501.953.366-15, Ricardo Schaefer, CPF 507.857.450-68, Charles Carvalho Guedes, CPF 539.600.681-15, Erenice Alves Guerra, CPF 185.697.731-53, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Carlos Roberto Lopes Haude, CPF 659.240.027-72, Cláudio Bernardo Guimaraes de Moraes, CPF 761.155.427-15, Ernani Teixeira Torres Filho, CPF 439.505.587-72, Gil Bernardo Borges Leal, CPF 548.421.157-34, Ishai Waga, CPF 532.762.307-63, Júlio Cesar Maciel Ramundo, CPF 003.592.857-32, Luciano Siani Pires, CPF 013.907.897-56, Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, Mariane Sardenberg Sussekind, CPF 437.490.037-34, Mário José Soares Esteves Filho, CPF 592.276.997-91, Paulo Todescan Lessa Mattos, CPF 188.745.248-62, Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Selmo Aronovich, CPF 574.154206-91, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, CPF 312.957.707-68, Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04 e Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49;

d) acolher parcialmente as alegações de defesa e/ou razões de justificativa dos seguintes responsáveis: Caio Britto de Azevedo CPF: 021.491.517-40, Priscila Tavares Camacho Bak CPF: 079.824.797-58, Renata Moustapha Correa CPF: 082.497.447-64, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes CPF: 071.918.857-18, Caio Marcelo de Medeiros Melo CPF: 276.763.691-34; Márcio Duarte de Medeiros CPF: 070.768.147-22, Sérgio Foldes Guimaraes CPF: 014.873.977-63 e Sérgio José Suarez Pompeo CPF: 094.449.797-76;

e) rejeitar parcialmente as alegações de defesa e/ou razões de justificativa dos seguintes responsáveis: Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Fernanda Farah de Abreu Zorman, CPF 895.017.997-00, Rafael Petrocelli, CPF 293.729.618-17, Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34 e Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20;

f) julgar regulares, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, 17 e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 207 e 214, inciso I, do Regimento Interno, as contas dos seguintes responsáveis, dando-se-lhes quitação plena: Srs. Bruno Lintz dos Santos, CPF 088.497.847-83, Fernando Américo de Rezende Neto, CPF 441.314.617-49, Cláudio Figueiredo Coelho Leal, CPF 551.703.740-20, Carlos Eduardo Castello Branco, CPF 405.878.277-34, Nelson Fontes Siffert Filho, CPF 770.209.607-15, Bruno Fraga Leal, CPF 850.465.406-06, Sérgio Eduardo Weguelin Vieira, CPF 483.591.067-20, Álvaro Oliveira de Freitas, CPF 805.593.447-91, Eduardo Klingelhofer de Sá, CPF 820.120.087-04, Maria Isabel Rezende Aboim, CPF 385.012.797-49, Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, CPF 087.781.287-06, Letícia Lourenço Costa, CPF 333.709.758-82, Renata Bastos Maccacchero Victor, CPF 024.899.207-40, Rodrigo Rabelo Tavares Borba, CPF 088.705.347-58, Miguel João Jorge Filho, CPF 024.842.858-68, Alessandro Golombiewski Teixeira, CPF 656.147.550-04, Carlos Roberto Lupi, CPF 434.259.097-20, Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, CPF 008.564.287-87, Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva, CPF 691.850.857-15, Paulo Bernardo Silva, CPF 112.538.191-49, Pedro Luiz Carneiro de Mendonça, CPF 038.794.701-97, Clara Levin Ant, CPF 646.409.658-34, Ivan João Guimarães Ramalho, CPF 280.080.578-15, Roberto Teixeira da Costa, CPF 007.596.358-20, Reginaldo Braga Arcuri, CPF 197.796.666-72, André Luiz Barreto de Paiva Filho, CPF 563.915.520-53, Carlos Eduardo Esteves Lima, CPF 474.292.406-15, Cláudio de Almeida Neves, CPF 033.228.827-72, Cleber Ubiratan de Oliveira, CPF 501.953.366-15, Ricardo Schaefer, CPF 507.857.450-68, Charles Carvalho Guedes, CPF 539.600.681-15, Erenice

Alves Guerra, CPF 185.697.731-53, Jaldir Freire Lima, CPF 244.727.001-15, Elvio Lima Gaspar, CPF 626.107.917-04, João Carlos Ferraz, CPF 230.790.376-34, Maurício Borges Lemos, CPF 165.644.566-20, Wagner Bittencourt de Oliveira, CPF 337.026.597-49, Jorge Kalache Filho, CPF 178.165.217-15, Carlos Roberto Lopes Haude, CPF 659.240.027-72, Cláudio Bernardo Guimaraes de Moraes, CPF 761.155.427-15, Ernani Teixeira Torres Filho, CPF 439.505.587-72, Gil Bernardo Borges Leal, CPF 548.421.157-34, Ishai Waga, CPF 532.762.307-63, Júlio Cesar Maciel Ramundo, CPF 003.592.857-32, Luciano Siani Pires, CPF 013.907.897-56, Luiz Fernando Linck Dorneles, CPF 172.592.310-68, Mariane Sardenberg Sussekund, CPF 437.490.037-34, Mário José Soares Esteves Filho, CPF 592.276.997-91, Paulo Todescan Lessa Mattos, CPF 188.745.248-62, Ricardo Luiz de Souza Ramos, CPF 804.112.237-04, Roberto Zurli Machado, CPF 600.716.997-91, Selmo Aronovich, CPF 574.154206-91, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, CPF 312.957.707-68, Yolanda Maria Melo Ramalho, CPF 376.387.187-04 e Armando Mariante Carvalho Junior, CPF 178.232.937-49;

g) julgar regulares com ressalvas, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno, as contas dos seguintes responsáveis, dando-se-lhes quitação: Caio Britto de Azevedo CPF: 021.491.517-40, Priscila Tavares Camacho Bak CPF: 079.824.797-58, Renata Moustapha Correa CPF: 082.497.447-64, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes CPF: 071.918.857-18, Caio Marcelo de Medeiros Melo CPF: 276.763.691-34; Márcio Duarte de Medeiros CPF: 070.768.147-22, Sérgio Foldes Guimaraes CPF: 014.873.977-63 e Sérgio José Suarez Pompeo CPF: 094.449.797-76;

h) julgar irregulares, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'b', 19, parágrafo único, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 1º, inciso I, 209, inciso II, 210, §2º, e 214, inciso III, do Regimento Interno, as contas dos Srs. Eduardo Rath Fingerl, CPF 373.178.147-68, José Cláudio Rego Aranha, CPF 261.866.247-49, Fábio Sotelino da Rocha, CPF 550.305.807-00, Fernanda Farah de Abreu Zorman, CPF 895.017.997-00, Rafael Petrocelli, CPF 293.729.618-17, Renato Francisco Martins, CPF 361.028.737-34 e Luciano Galvão Coutinho, CPF 636.831.808-20;

i) aplicar aos responsáveis indicados no item anterior, individualmente, a multa prevista nos incisos I e II do artigo 58 da Lei 8.443/92, c/c o art. 268, incisos I e II, do Regimento Interno do TCU, em valor a ser estipulado por esta Corte, fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal, em respeito ao art. 214, inciso III, alíneas 'a' e 'b', do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

j) determinar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e à BNDES Participações S.A., nos termos do art. 28, I, da Lei 8.443/1992, que, caso não seja comprovado o recolhimento das dívidas pelos responsáveis, efetuem, após a devida notificação do Tribunal, o desconto da dívida na remuneração dos empregados, em favor dos cofres do Tesouro Nacional, na forma estabelecida pela legislação pertinente;

k) autorizar a cobrança judicial da dívida, em substituição à medida preconizada no item anterior, na ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 2º, III, 'b', da Decisão Normativa TCU 189/2020;

l) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 219, inciso II, do Regimento Interno do TCU, a cobrança judicial das dívidas dos demais responsáveis, caso não atendidas as notificações;

m) autorizar, desde logo, com fundamento no art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno do TCU, caso seja do interesse dos responsáveis, o parcelamento da

dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor, sem prejuízo de alertá-los de que, caso optem por essa forma de pagamento, a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela implicará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217, §2º, do Regimento Interno do TCU;

n) remeter cópia deste acórdão, com fundamento no art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, para adoção das medidas que entender cabíveis; e comunicar-lhe que o relatório e o voto que o fundamentarem podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso haja interesse, o Tribunal pode enviar-lhe cópia desses documentos sem qualquer custo; e

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

a) ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados – CFFC;

b) à Casa Civil da Presidência da República;

c) ao Ministério da Economia;

d) ao BNDES e à BNDESPAR;

e) à Advocacia Geral da União;

f) à J&F Investimentos S.A.;

g) ao 11º Ofício da Procuradoria da República do Distrito Federal;

h) à Delegacia de Combate à Corrupção e Crimes Financeiros/Superintendência de Polícia Federal no Distrito Federal;

i) à Força-Tarefa do Departamento de Polícia Federal no Rio de Janeiro atinente aos assuntos referentes ao BNDES/Coordenação-Geral de Polícia Fazendária; e

j) à Comissão de Valores Mobiliários – CVM.”

9. Após o pronunciamento do Ministério Público/TCU juntaram-se novas peças aos autos pela defesa de alguns responsáveis.

10. Paulo Todescan Lessa Mattos juntou defesa complementar à peça 1604 onde defendeu novamente a incidência da prescrição aduzindo que o Supremo Tribunal Federal assim decidiu no mérito, em relação a esta operação, conforme os Mandados de Segurança 37.664, 37.705 e 37.728, manejados por Guido Mantega, Joesley Batista e JBS S/A. Afirma ainda que em que pese tais decisões possuírem efeitos interpartes, *“é certo que, ao consolidar a jurisprudência daquela Corte Constitucional sobre a matéria, seus efeitos devem ser adotados nesta Tomada de Contas Especial para que seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação ao Requerente. Em especial, porquanto nas três hipóteses o STF se debruçou sobre aspectos decisivos para a análise da pretensão punitiva no que toca ao requerente: (i) o prazo prescricional aplicável ao caso; (ii) o termo inicial da contagem do referido prazo e; (iii) as causas interruptivas”*.

11. O responsável prossegue afirmando que foi ratificado nessas decisões de que o prazo prescricional é de cinco anos contado da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou

continuada, do dia em que tiver cessado, sendo definido no caso concreto como sendo o dia 31/12/2009, data em que a operação de incorporação da Bertin S/A pela JBS S/A foi aprovada.

12. Salientou ainda que *“o Supremo Tribunal Federal – após examinar todas as causas indicadas pelo TCU como interruptivas, com balizamento nos parâmetros estabelecidos pelo artigo 2º da Lei 9.873/1999 – concluiu que antes do dia 31/12/2014 não foi praticado nenhum ato capaz de interromper o prazo prescricional, portanto todas as causas alegadas pelo TCU não tinham o condão de ocasionar a interrupção de seu fluxo”*. Bem assim que *“Na medida em que as causas interruptivas alegadas por esse Tribunal de Contas no caso do Requerente foram – todas – objeto de apreciação e afastadas pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se como decorrência lógica e em apreço ao princípio da segurança jurídica que os entendimentos esposados nas decisões daquela Corte Suprema devem ser estendidos ao Requerente”*.

13. Em sentido semelhante podem ser encontradas as peças 1631 a 1634, subscritas pelos causídicos representantes dos Srs. Alessandro Golombiewski Teixeira, Carlos Roberto Lupi, Fernando Damata Pimentel, e Paulo Bernardo Silva.

É o relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trago a exame deste Tribunal o presente processo de Tomada de Contas Especial (TCE) instaurada mediante a conversão de representação relativa à operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. pela BNDESPar e sua posterior incorporação pela empresa JBS S.A., conforme o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, originador desta.

I – Breve Histórico e Visão Geral

2. Relembro a este Plenário que anteriormente à representação apreciada no referido acórdão, este Tribunal apreciou relatório de auditoria realizada com o objetivo 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 pela BNDESPar envolvendo o Grupo JBS, de 2005 a 2014, com vistas a esclarecer os aspectos financeiros, os critérios utilizados na escolha das empresas do setor e as vantagens sociais geradas (TC 007.527/2014-4), resultando, à ocasião, no Acórdão 3011/2015-Plenário.

3. Consoante ali reportado, as operações realizadas pelo BNDES e BNDESPar envolvendo 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 em valores da época. A operação de apoio a Bertin S.A., em que pese ter sido realizada em 2008 mediante a aquisição de participação acionária, passou, posteriormente, a integrar o escopo de operação de apoio à JBS S.A. em face da incorporação de Bertin S.A. pela JBS S.A., em 2009, ocasião em que foram aportados recursos a esta última, face os níveis de endividamento da primeira, em reforço à estrutura de capital da investida JBS S.A., além da necessidade de capital para outras operações da empresa, como a aquisição da americana Prilgrim's Pride Co.

4. Mediante o subitem 9.2 do referido Acórdão 3011/2015-Plenário este Tribunal 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 da 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 Beef Co. (divisão de carnes bovinas da Smithfield Foods Inc.), realizada em 2008;
- 034.932/2015-1 – operação de aporte de capital (aquisição de debêntures conversíveis em ações) para aquisição da empresa Pilgrims's Pride Co., realizada em 2009, e incorporação de Bertin S.A.

5. Por meio do subitem 9.3 daquele acórdão, por sua vez, esta Corte 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., que passou a ser abordado no TC-034.935/2015-0, tendo sido objeto do Acórdão 2.154/2018 - Plenário.

6. Já por meio do subitem 9.6 do referido Acórdão 3011/2015-Plenário foi determinado à então 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.

7. Como resultado dos trabalhos realizados, foram levantados diversos indícios de irregularidades, incluindo substanciais e potenciais prejuízos aos cofres da instituição financeira pública, apontados nos diversos acórdãos e decisões proferidos em cada processo, cujos montantes estimados podem ser visualizados no seguinte quadro demonstrativo dos processos de Tomada de Contas Especial instaurados:

DELIBERAÇÃO DE ORIGEM	PROCESSO DE TCE	OPERAÇÃO	DANO ESTIMADO (VALORES ORIGINAIS) (R\$)
AC 800/2017 – PLENÁRIO	TC-010.398/2017-1	Swift foods	69.737.305,00
AC 2342/2017-PLENÁRIO	TC-030.083/2017-6	National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc.	190.738.803,37
AC 2206/2018-PENÁRIO (D1)	TC-036.606/2018-9	Pilgrim's Pride Co.	664.920.006,23
AC 2206/2018-PLENÁRIO + DESPACHO DO RELATOR (D2)			341.887.332,66
AC 2154/2018-PLENÁRIO	TC-033.879/2018-4	Bertin S.A.	670.000.000,00
TOTAL EM VALORES ORIGINAIS (VALORES ORIGINAIS SEM JUROS E CORREÇÃO)			1.937.283.447,26

8. Os prejuízos apontados nessa tabela decorreram:

a) na operação para a aquisição, pela JBS, da empresa Swift Foods & Co.: *da aquisição de ações com adição injustificada de ágio;*

b) na operação relacionada às empresas National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc.: *do pagamento por preço excessivo pelas ações da empresa JBS pelo BNDES/BNDESPar;*

c) na operação de aporte de capital na JBS para a aquisição da empresa americana Pilgrim's Pride Co.:

c.1) o débito 1 (D1) *decorrente da conversão antecipada de debêntures em ações em desacordo com o que previa a Escritura de Debêntures pactuada na contratação da operação;* e

c.2) o débito 2 (D2) *decorrente da ausência de consideração, na análise e nos cálculos efetuados na concretização dos negócios, da devida remuneração pelo dinheiro colocado à disposição da companhia (US\$ 2.000.000.000,00 / R\$ 3.477.567.913,60), desde a integralização das debêntures em 29/12/2009 até a data da efetiva conversão ocorrida em 2011, em especial a reposição da perda inflacionária no período entre a emissão das debêntures e sua efetiva conversão em ações da empresa JBS S.A.;*

d) **na operação de apoio financeiro à empresa Bertin S.A., posteriormente incorporada ao Grupo JB: pela perda de valor no investimento, dada a péssima situação financeira em que se encontrava a Bertin.**

9. Vale ressaltar, ainda, a fim de não se perder a visão de conjunto sobre as operações e irregularidades tratadas nos diversos processos, que neles foram apontados diversos indícios de irregularidades abordados em cada um dos acórdãos:

– Acórdão 800/2017 – TCU – Plenário (Swift Foods & Co.):

a) ausência de comprovação da utilização de pelo menos US\$ 230/235 milhões dos recursos aportados na aquisição da Swift Foods, de maneira que não se sabe até o momento o destino desses recursos;

b) deficiência na análise e aprovação da operação, diante dos indícios de aporte de capital acima das necessidades especificadas no pedido e no contrato, com possível excesso da ordem de US\$ 350 milhões, sem o destino e necessidade corretamente explicitados, avaliados e comprovados;

c) análise e aprovação da operação complexa em prazos de 6 a 19 dias úteis, muito inferiores aos tempos médios do Banco;

d) análise de valor econômico presente e futuro das empresas sem ponderação de aspectos negativos como o fraco resultado operacional da empresa a ser adquirida nos últimos exercícios, e sem a análise de cenários efetivamente “conservadores” ou “base”, relacionados ao mercado de carnes e às performances operacionais;

e) realização da operação sem adequada análise dos riscos da aquisição da empresa Swift Foods & Co. para a empresa JBS e para o BNDES, haja vista incertezas quanto ao valor contábil da empresa Swift Foods & Co., uma vez que não se realizou a recomendável *due diligence* e a empresa americana apresentava situação econômica e financeira claramente deteriorada;

f) ausência de justificativa para recepção, análise e aprovação de operação formatada com base no valor da ação em bolsa nos últimos 30 pregões acrescido de ágio de R\$ 0,50, sem análise das condições de mercado especificadas em dispositivo da Lei das Sociedades Anônimas;

g) ausência de justificativa para pagamento de ágio sobre a média do valor das ações da JBS em bolsa;

h) ausência de análise de benefícios econômicos e sociais para o Brasil; e

i) ausência de análise do limite de exposição do BNDES ao Grupo Empresarial JBS, informação essa de exame obrigatório em todas as operações financeiras realizadas.

- Acórdão 2342/2017 – TCU – Plenário (National Beef Packing Co. e Smithfield Foods Inc):

a) possível desvio de finalidade de valores estimados em cerca de R\$ 487 milhões aportados na operação, uma vez que não se encontrou comprovação, até o momento, de utilização desses recursos na aquisição da empresa americana, de maneira que não se sabe o destino desses recursos;

b) enquadramento, análise e aprovação da operação contrariando dispositivos legais e normativos em um tempo de análise demasiadamente curto, exíguo, sem profundidade necessária no exame, utilizando-se principalmente das informações fornecidas pela própria JBS ao pleitear os recursos, sem avaliar a possibilidade da não aprovação da aquisição da empresa por autoridades antitrustes americanas;

c) exame realizado sem avaliação da regularidade de constituição do Fundo FIP Prot e da conveniência de adesão a tal fundo e sem elaboração de quadros de usos e fontes com detalhamentos necessários, relativos aos recursos;

d) não realização de procedimento de *due diligence* que permitisse análise criteriosa da operação nas empresas estrangeiras investidas;

e) ausência de análise e fundamentação, com detalhamento e profundidade necessários para a determinação do valor de aquisição das ações pelo BNDESPar, e dos benefícios econômicos e sociais para o país;

f) ausência, quando da desistência da aquisição da empresa National Beef pela JBS, do acionamento de cláusula contratual que previa, em caso de insucesso total ou parcial das aquisições, a recompra das ações adquiridas pelo BNDESPar pela JBS, uma vez que o aporte dos recursos do BNDES tinha finalidade específica (a aquisição dessas empresas);

g) celebração de aditivo contratual com extensão de prazo do exercício de opção de venda das ações com base unicamente em informações prestadas pela JBS, sem levar em consideração as reais possibilidades de aprovação das operações pelas autoridades antitrustes americanas;

h) autorização para aplicação dos recursos não utilizados até 28/10/2010 em finalidade diversa da qual a operação foi concebida, e sem destinação específica e determinada.

- Acórdão 2206/2018 – TCU – Plenário (Pilgrim's Pride Co.)

a) alteração do estatuto social do BNDES para permitir a operação com empresas estrangeiras, no caso a JBS USA, de maneira casuística, sem o necessário embasamento técnico, proposta no gabinete da presidência do Banco, apenas um dia após a apresentação formal de Carta Consulta da JBS S.A. e na mesma data da aprovação do enquadramento da operação de aporte de US\$ 2,0 bilhões na JBS S.A., com intuito de remover barreiras normativas que impediam a concretização do aporte na forma pretendida;

b) enquadramento, com subsequente análise e aprovação de operação de grande porte, complexa e de alto risco, em tempo consideravelmente inferior ao tempo médio indicado pelo próprio BNDES, haja vista que o processamento da operação da ordem de R\$ 3,5 bilhões, se deu, formalmente, em apenas 20 dias úteis;

c) enquadramento realizado sem exigir e observar o cumprimento das normas relativas à elaboração da Instrução de Enquadramento, documento formal responsável por subsidiar a decisão do Comitê de Enquadramento e Crédito;

d) enquadramento realizado com base em uma apresentação de *powerpoint* anônima, em substituição à Instrução de Enquadramento, contendo informações prestadas pela própria JBS, e sem: (i) demonstração por parte dos técnicos do BNDES da efetiva necessidade dos volumes financeiros indicados para a operação; (ii) análise dos méritos do empreendimento; (iii) o conteúdo previsto nas normas do banco (levantamento cadastral, caracterização jurídica, grupo controlador, adequação do projeto às políticas do sistema BNDES, entre outros);

e) ausência de justificativa para proposta de enquadramento da operação em montante de US\$ 2,5 bilhões, embora a JBS tenha solicitado US\$ 1,5 bilhão, com efetiva aprovação da operação de apoio financeiro à JBS S.A. por meio de debêntures conversíveis no valor de até US\$ 2,0 bilhões;

f) liberação da JBS do compromisso de aplicar US\$ 800,6 milhões que remanesçam em seu poder em decorrência de operações anteriores, sem que se saiba até o momento o destino desses recursos, com evidências de privilégio indevido ao grupo JBS;

g) a operação iniciou com uma solicitação de apoio para aquisição da empresa Pilgrim's no montante de US\$ 1,5 bilhão, foi enquadrada no valor de US\$ 2,5 bilhões com a inclusão da incorporação da Bertin S.A., mas a proposta encaminhada para aprovação da diretoria, por meio das conclusões e proposições do relatório de análise, compreendeu o montante total de US\$ 2,8 bilhões, sendo US\$ 2,0 bilhões correspondentes à aquisição de debêntures, e US\$ 800,6 milhões referentes a recursos de operações anteriores que permaneceram sem aplicação;

h) ausência de análise quanto ao limite máximo de exposição a risco do BNDES ao Grupo Empresarial JBS;

i) efetiva extrapolação dos limites máximos de exposição a riscos segundo metodologia fixada em Resolução do BNDES;

j) subscrição de debêntures subordinadas, sem qualquer garantia, no valor total de R\$ 3,47 bilhões, embora o regulamento exigisse a constituição de garantias reais ou fidejussórias em relação a empresas com a classificação de risco de crédito como a JBS à época, contribuindo, dessa forma, para a possível gestão temerária de recursos públicos, tendo em vista o cenário de grave crise internacional contemporâneo à operação;

k) não se exigiu que os técnicos responsáveis pelo acompanhamento da operação elaborassem relatórios específicos de acompanhamento, conforme determinado pelos normativos do Banco, de modo a verificar e exigir a demonstração da aplicação dos valores nas finalidades previstas, acompanhar a estratégia de diversificação da atuação do grupo, e avaliar os méritos da operação no âmbito das políticas públicas.

- Acórdão 2154/2018 – TCU – Plenário (Bertin S.A.):

a) aprovação de uma operação de apoio financeiro na modalidade renda variável no valor de até R\$ 2,5 bilhões em tempo exíguo, com relatórios e análises sem o embasamento necessário diante da complexidade e do volume de recursos;

b) ausência de levantamento apropriado do endividamento da empresa Bertin S.A.;

c) ausência de expedição de *due diligences* para a confirmação das informações prestadas, principalmente com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA;

d) proposição da realização de investimento em *equity* embora a Bertin S.A. estivesse em péssima situação financeira e mesmo já tendo ultrapassado o limite máximo de exposição do BNDES;

e) permissão de que a maior parte dos recursos investidos na Bertin S.A., via participação acionária, fosse destinada majoritariamente à melhoria da estrutura de capital da empresa, em detrimento do cumprimento do Plano de Negócios, que previa a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes e implantação de novas unidades industriais;

f) ausência de acompanhamento da utilização e aplicação do elevado montante de recursos entregues à Bertin S.A. via participação acionária;

g) aprovação de enquadramento de operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., mediante apoio financeiro da BNDESPar, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A.

10. Consoante pôde ser lido no extenso relatório precedente, a análise empreendida no âmbito da unidade instrutiva resultou em proposições parcialmente distintas, sendo de relevo a concordância interna no sentido da não imputação de débito segundo a análise empreendida pelo auditor-instrutor, o julgamento pela irregularidade das contas de alguns responsáveis, com aplicação de sanções previstas nos arts. 58 e 60 da Lei 8.443/1992 e a proposição de manutenção do sobrestamento das contas dos responsáveis Joesley Mendonça Batista e da JBS S/A, até o julgamento de mérito dos Mandados de Segurança 37.705 e 37728/STF.

11. O diretor técnico e o titular da então SecexFinanças, cujos pronunciamentos correspondem ao parecer da unidade instrutiva, divergiram parcialmente do auditor tão-somente em relação à análise de mérito relativa a parte das audiências, notadamente, quanto à posterior incorporação da Bertin pela JBS, na qual se imputou omissão em relação ao real valor econômico da empresa, calculado pela Apsis Consultoria Ltda. para fins de estabelecimento da relação de troca das ações mediante a incorporação pela JBS S.A., pois entenderam que apesar de essa segunda operação não ter resultado em prejuízo à BNDESPar, trouxe prejuízos aos demais acionistas minoritários da JBS S.A.

12. A divergência conduziu a que o corpo dirigente da unidade instrutiva alvitrasse a aplicação de sanção também por essa irregularidade aos responsáveis ali mencionados, situação que tenderia a provocar a majoração de parte das sanções propostas pelo auditor.

13. A representante do Ministério Público/TCU neste feito, Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, manifestou-se parcialmente em divergência com o posicionamento da unidade instrutiva.

14. Em linhas gerais, houve concordância com a proposição de afastamento do débito inicialmente imputado, bem assim, com a rejeição de parte das razões de justificativa.

15. Entendeu, todavia, que não restou caracterizada a ocorrência de falhas suficientemente graves no enquadramento da operação de aquisição acionária da Bertin S.A. para ensejar a aplicação de penalidades aos integrantes da equipe responsável pela instrução de enquadramento ou dos membros do Comitê de Enquadramento responsáveis por sua aprovação.

16. Quanto às fases seguintes, relativas à análise da operação e à aprovação pela Diretoria, a Procuradora-Geral acompanha parcialmente a unidade instrutiva, de sorte que discorda pontualmente de pontos da análise e em relação à responsabilização de alguns dos funcionários integrantes do corpo técnico ou membros da diretoria, entendendo que a irregularidade de maior gravidade e remanescente,

a ensejar a aplicação de sanção, seria apenas aquela relativa à ausência do levantamento do elevado endividamento da empresa investida.

17. Conclui, ainda, em discordância com a unidade instrutiva, pelo acolhimento parcial das razões de justificativa em relação às irregularidades apontadas na fase de acompanhamento da operação de aquisição acionária na Bertin S.A.

18. Em relação à divergência interna havida na unidade instrutiva, manifestou-se de acordo com a análise empreendida pelo auditor-instrutor, de sorte que também propõe o acolhimento parcial das razões de justificativa sem aplicação de sanções em face da possível omissão quanto à avaliação da empresa realizada pela Apsis Consultoria Ltda. no processo de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., a qual teria trazido prejuízos aos acionistas minoritários da JBS S.A.

19. Entendeu ainda a representante do Ministério Público que em vez de manter o sobrestamento das contas do Sr. Joesley Mendonça Batista e da empresa JBS S.A. até o julgamento do mérito dos Mandados de Segurança 37.705 e 37728/STF – que a eles havia deferido liminar em face de possível reconhecimento de prescrição –, caberia efetuar-se a exclusão dos aludidos responsáveis da relação processual.

20. Pontuou, a propósito, que os remédios processuais aludidos foram julgados no mérito pelo STF, concedendo-lhes a segurança (reconheceu-se a prescrição em relação aos impetrantes), em que pese ainda se encontrar pendente de julgamento o Agravo interposto contra essa decisão.

21. Todavia, a razão para tal exclusão consistiria na ausência de evidências nos autos de associação ilícita com agente público para viabilizar a operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., irregularidade essa atribuída a Joesley, bem como a ausência de danos aos cofres do BNDESPar, imputados pelo exame de mérito aqui realizado, e de que seria beneficiária a JBS S.A.

22. Aponta o Ministério Público que a exclusão deles não afrontaria as decisões proferidas nos referidos mandados de segurança, vez que nenhum prejuízo causaria aos responsáveis.

II – Da Operação em questão

23. Em apertada síntese, rememoro que a operação tratada nesta TCE ocorreu em 2008 quando a empresa Bertin requereu apoio financeiro ao BNDES por meio da BNDESPar para aporte de capital no montante de R\$ 2,5 bilhões por meio da aquisição de ações da Companhia, correspondentes a 26,92% do capital, com o objetivo de realizar a aquisição de empresas, dentro de sua estratégia de diversificação e internacionalização, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais, composição de capital de giro, reforço da estrutura de capital, bem assim, para acelerar o processo de abertura de capital da empresa a fim de dotá-la dos mesmos acessos de mercado de suas então concorrentes JBS e Marfrig.

24. Preteritamente, em 2007, a empresa havia realizado várias aquisições no Brasil e no exterior, efetuando investimentos da ordem de R\$ 600 milhões. Com a realização das aquisições a empresa pretendia estabelecer-se como um dos principais *players* mundiais no segmento de proteína animal na produção de bovinos, suínos e aves e nos setores correlatos a essa cadeia produtiva.

25. No âmbito da BNDESPar a solicitação de apoio financeiro foi aprovada e os recursos liberados em quatro parcelas ao longo do ano de 2008, sendo R\$ 1 bilhão no final de abril, R\$ 500 milhões e R\$ 300 milhões em setembro e R\$ 700 milhões no final de dezembro daquele ano.

26. Todavia, o plano de expansão da empresa, que incluiu o aporte da BNDESPar não foi bem-sucedido. A Bertin, que tinha o capital fechado, enfrentou sérias dificuldades, encerrando 2008 com prejuízo de R\$ 681,0 milhões e dívidas de R\$ 5,5 bilhões.

27. A relação Dívida Líquida/EBITDA da Bertin saiu de 4,54 em dezembro de 2008 para 5,54 em setembro de 2009, um nível de alavancagem excessivamente elevado, mesmo após a captação de recursos da ordem de R\$ 2,5 bilhões mediante a venda de participação acionária à BNDESPar, e com baixa probabilidade de reversão desse quadro no curto prazo.

28. Adicionalmente, o Grupo Bertin havia se lançado em um processo de diversificação de negócios. Inicialmente, adquiriu ativos de concessão rodoviária em parceria com a Equipav, um dos

principais grupos empresariais do Brasil. Depois constituiu a empresa CIBE Participações com a Equipav, que além de ampliar o rol de concessões rodoviárias, passou a atuar em concessões de saneamento básico, administração de terminais rodoviários e geração de energia. O Grupo também atuou individualmente em projetos de geração de energia de menor porte, como pequenas centrais hidroelétricas, e em grandes projetos de geração térmica.

29. A perda de foco, com o consequente declínio na capacidade de resposta e na qualidade gerencial da Companhia e do Grupo Econômico em face da crise, também foi influenciada por esse processo de diversificação.

30. Nessa época, o investimento da BNDESPar na Bertin S.A. estava se deteriorando, particularmente por problemas financeiros, liquidez e governança. Em face da falta de perspectiva para a Companhia, naquele momento, os controladores da Bertin buscaram a associação ou fusão com outros participantes do mercado.

31. No final do primeiro semestre de 2009, a Bertin iniciou negociações com a Marfrig, outro importante *player* do setor, visando contornar suas dificuldades financeiras por meio de uma associação. No entanto, após alguns meses de conversações, a negociação foi descontinuada, por questões associadas à governança da empresa e ao valor atribuído à Bertin, cuja proposta também implicava em prejuízos para a BNDESPar.

32. A avaliação da participação da BNDESPar na Bertin, proposta pela Marfrig, foi fixada em R\$ 1 bilhão. Nesta situação, caso fosse dado prosseguimento à operação, a BNDESPar seria forçada a reconhecer uma perda de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão em seu investimento realizado na Bertin logo no ano anterior, haja vista que o Banco havia aportado R\$ 2,5 bilhões na aquisição da participação de 26,92% no capital da Companhia pouco tempo antes.

33. Além disso, considerando a estrutura da operação, havia risco de a BNDESPar ser chamada a aportar novos recursos, uma vez que o endividamento combinado dessas empresas seria muito elevado. Estimativas preliminares indicavam um aporte de R\$ 2 bilhões adicionais por parte da BNDESPar em um aumento de capital adicional total de R\$ 4 bilhões.

34. Dada a frustração dessa tentativa de associação com a Marfrig, buscou-se como solução a incorporação da empresa com outra indústria do ramo, a JBS S.A. Assim, a alternativa que se apresentou como solução foi incluir a incorporação da Bertin pela JBS no âmbito do projeto proposto pela JBS com vistas à aquisição de participação acionária da empresa americana Pilgrim's, em 2009.

35. A BNDESPar, a respeito dessa incorporação, sustentou a adequabilidade dessa segunda operação ao fundamento da Política de Desenvolvimento Produtivo do (PDP) do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), que visa a contribuir para a melhoria da competitividade da indústria brasileira e na qual o Sistema BNDES figurava como ferramenta de execução do Governo. Em segundo lugar, sustentou o apoio ao processo de internacionalização de empresas e grupos nacionais, como parte do Planejamento Estratégico do Banco, que também justificaria a operação. Todavia, as informações compiladas dos documentos relativos às operações revelavam que a situação delicada em que a Bertin se encontrava, com a necessidade de preservação de valor e a criação de liquidez para o investimento da BNDESPar, aliada à preservação do nível de alavancagem da JBS foram de fato os principais motivadores da operação, conforme assinalado na instrução AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009:

“Por fim, destaca-se a preservação de valor e a criação de liquidez para o investimento da BNDESPAR em Bertin. A Bertin representa um importante grupo no agronegócio brasileiro, é um ativo estratégico no setor de carne bovina e couros, porém sua elevada alavancagem e questões críticas na Governança da Companhia poderiam colocar em risco seu valor.

Para a BNDESPAR, na condição de detentor de 26,92% do capital social da Bertin, a transação com a JBS reconheceu o potencial máximo da Bertin, não se vislumbrando melhor alternativa para o investimento da BNDESPAR.

(...)

A operação tem como objetivo principal preservar o nível de alavancagem da JBS em patamares sustentáveis, o que caso não fosse implementado, poderia ser danoso à exposição que o Sistema BNDES detém na Companhia e no Grupo Bertin.”

36. Por ocasião da fiscalização realizada por este Tribunal no TC 007.527/2014-4, ressaltei, ao conduzir o feito à prolação do Acórdão 3011/2015-Plenário, que o balanço do Grupo Bertin relativo a esse exercício de 2008, divulgado no início de 2009, revelou prejuízo de R\$ 681 milhões e uma dívida de R\$ 5,5 bilhões e, tanto a análise procedida sobre a empresa para concessão do apoio quanto o acompanhamento que deveria ter sido realizado ao longo da liberação dos recursos não apontaram qualquer problema com a Bertin.

37. Também que não havia restado claro nas informações prestadas pelo BNDES como a empresa, a princípio saudável, sofreu transformação de tal magnitude no decurso de poucos meses, e, ainda, porque foram liberadas parcelas, nos quatro últimos meses do exercício, a última delas ao final de dezembro, quando um acompanhamento adequado poderia ter fornecido indícios da “situação pré-falimentar” da Bertin.

38. Salientei que, se a empresa era saudável quando da concessão do aporte de capital, então tornava-se necessário verificar o que ocorreu naqueles poucos meses e onde foram aplicados os R\$ 2,5 bilhões aportados pela BNDESPar.

39. De outro lado, se a empresa não era saudável e omitiu informações, então deveria ser analisada a atuação de seus administradores e se a BNDESPar teria adotado os cuidados devidos. Se a empresa não era saudável e as informações estavam disponíveis à BNDESPar, então necessário seria averiguar porque não foram corretamente analisadas pelo Banco.

40. Em vista das várias dúvidas decorrentes desses e de outros apontamentos, entendi necessário o aprofundamento do exame da operação, providência que foi adotada no âmbito de processo específico, o TC-034.935/2015-0, cujos achados resultaram nos apontamentos de indícios de irregularidade e dano, objeto de audiências e citações determinadas no âmbito daquele processo, posteriormente convertido nesta TCE pelo Acórdão 2.154/2018 - Plenário, ocasião em que foram determinadas citações e novas audiências.

III – Dos grupos de irregularidades objeto desta Tomada de Contas Especial

41. Consoante já adiantado em tópico precedente, nesta TCE são tratadas irregularidades com possível imputação de dano, as quais foram objeto de citações dos responsáveis identificados nestes autos, e, também, irregularidades outras havidas na condução da operação, as quais foram objeto de audiências.

42. No primeiro grupo, encontra-se a apuração de possível dano da ordem de R\$ 670.000.000,00 (seiscentos e setenta milhões de reais) com data-base em 23/12/2008, montante este equivalente ao valor histórico do dano estimado nos autos na referida data de origem, consistente na perda de valor observado no investimento realizado na empresa Bertin S.A., modalidade renda variável, por meio da aquisição de ações da referida empresa, no valor original total aproximado de R\$ 2,5 bilhões (dois bilhões e quinhentos milhões de reais), face a análise, proposição e aprovação da operação eivada de diversas falhas apontadas no Acórdão 2.154/2018 - Plenário.

43. No segundo grupo, encontram-se as audiências dirigidas aos responsáveis identificados em face da aprovação de uma operação de apoio financeiro na modalidade renda variável no valor de até R\$ 2,5 bilhões em tempo exíguo, com relatórios e análises sem o embasamento necessário diante da complexidade e do volume de recursos, ausente levantamento apropriado do endividamento da empresa Bertin S.A., sem a realização de *due diligences* para a confirmação das informações prestadas pela empresa postulante do apoio financeiro, principalmente com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA, e, ainda, com proposição da realização desse investimento em *equity*, embora a Bertin S.A. estivesse em péssima situação financeira e mesmo já tendo ultrapassado o limite máximo de exposição do BNDES.

44. Também em face de falhas relativas à permissão de que a maior parte dos recursos investidos na Bertin S.A., via participação acionária, fosse destinada majoritariamente à melhoria da estrutura de capital da empresa, em detrimento do cumprimento do Plano de Negócios, que previa a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes e implantação de novas unidades industriais, bem assim, devido à ausência de acompanhamento da utilização e aplicação do elevado montante de recursos entregues à Bertin S.A. via participação acionária. E, por fim, na operação seguinte, em face da aprovação de enquadramento de operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., mediante apoio financeiro da BNDESPar, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A., dentre outros apontamentos.

45. Tratarei, nesta minha manifestação, de iniciar o exame pelo débito preliminarmente apontado e, conseqüentemente, das alegações de defesa, pois são o objeto principal dos processos desta natureza. Em seguida, abordarei as audiências, na sequência do exame.

46. Antes, porém, necessário tratar da preliminar de prescrição arguida pelas defesas, considerando, especialmente, que três responsáveis inicialmente arrolados nestes autos obtiveram, junto ao STF, em sede de mandado de segurança, o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, os quais, já decididos no mérito, se encontram em fase recursal naquele Pretório Excelso.

IV – Preliminares, em especial, a de prescrição

47. Consta dos autos alegação de que estão prescritas as pretensões de ressarcimento e punitiva da presente tomada de contas especial uma vez que se aplicaria sobre esses fatos a prescrição quinquenal, a teor de julgados do Supremo Tribunal Federal, com maior destaque para os Temas 666, 897 e 899 de Repercussão Geral, restando superadas a Súmula TCU 282 e o Acórdão 1.441/2016 – TCU – Plenário, e haja vista que as operações e irregularidades apontadas ocorreram em 2008 e 2009, ou seja, há aproximadamente 14 e 15 anos.

48. A respeito, as defesas buscaram ainda afastar a aplicabilidade da teoria da *actio nata*, no viés subjetivista, defendida quando da prolação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, consoante voto que proferi, e segundo a qual não deveria o prazo prescricional iniciar-se antes da possibilidade de conhecimento dos pormenores das operações, o que teria se dado somente após o levantamento do sigilo bancário oposto pelo BNDES ao TCU, mediante o julgamento do Mandado de Segurança 33.340/STF, em 2015.

49. Em reforço à tese de prescrição, segundo argumentos mais recentes, sustentam diversos responsáveis, arguindo a aplicação do princípio da isonomia, bem assim, da segurança das relações jurídicas, que os pronunciamentos recentes do Supremo Tribunal Federal haveriam de ser aplicados a estes autos extensivamente aos aqui arrolados, vez que se referem à mesma operação de origem.

50. Apontam, a propósito, que aquela Corte entendeu estarem prescritos os fatos tratados neste processo, pois assim se decidiu no mérito, em relação a esta operação, conforme os Mandados de Segurança 37.664, 37.705 e 37.728, manejados por Guido Mantega, Joesley Batista e JBS S.A.

51. Embora reconhecendo que, juridicamente, tais decisões possuem *efeitos inter partes*, compreendem que ao consolidar a jurisprudência daquela Corte Constitucional sobre a matéria, seus efeitos devem ser adotados nesta Tomada de Contas Especial para que seja reconhecida a prescrição, em especial, porquanto nas três hipóteses o STF se debruçou sobre aspectos decisivos para a análise da pretensão punitiva, decidindo sobre (i) o prazo prescricional aplicável ao caso, (ii) o termo inicial da contagem do referido prazo, bem assim, sobre (iii) as causas interruptivas havidas no curso das apurações.

52. Ao ver das defesas esses julgados não podem ser ignorados em face de se tratarem justamente das operações de que tratam os presentes autos, tendo sido ratificado o entendimento pelo prazo prescricional quinquenal, definido como critério de contagem inicial a prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, o dia em que tiver cessado, de sorte que o STF estabeleceu a

data de 31/12/2009 como marco inicial de contagem, pois foi a data em que a operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A. foi aprovada.

53. E, a partir desse marco, concluiu o STF, ao analisar as supostas causas interruptivas apontadas por este Tribunal naquele julgamento, que todas elas foram afastadas, não havendo, antes do prazo quinquenal, nenhum ato capaz de interrupção de tal fluxo.

IV.1 – Análise da SecexFinanças

54. Em sua análise a SecexFinanças tratou da matéria à luz do escopo normativo e jurisprudencial vigente ao tempo da instrução, nos parágrafos 112 a 194 daquela que foi transcrita no relatório precedente, concluindo pela não incidência da prescrição, punitiva ou de ressarcimento, seja à luz da Súmula TCU 282, do Acórdão 1.441/2016 – TCU – Plenário ou até mesmo da Lei 9.873/1999, nesse último caso, em razão das inúmeras causas interruptivas verificadas no curso das apurações, mantendo, ainda, o entendimento aprovado por este Tribunal, mediante o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, sobre o marco inicial de contagem dos prazos em 26/5/2015, data da decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança 33.340.

55. De se ressaltar que o pronunciamento da unidade instrutiva se deu antes da edição da Resolução TCU 344/2022, que passou a reconhecer a incidência de prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento mediante a aplicação analógica da Lei 9.873/1999, com prazo quinquenal (ordinária) e trienal (intercorrente).

56. Igualmente, a instrução foi concluída quando ainda se encontravam proferidas apenas decisões sobre as liminares pleiteadas nos mandados de segurança impetrados em face das apurações realizadas nas referidas operações envolvendo Bertin S.A. e JBS S.A. Embora já se apontasse, nessas decisões, o reconhecimento, ainda que precário (*fumus boni juris*), da prescrição, as liminares haviam apenas ordenado a suspensão do processo em relação aos impetrantes em face de perigo iminente com o prosseguimento de processo contra eles neste Tribunal (*periculum in mora*).

IV.2 – Posicionamento da representante do MPTCU sobre a prescrição

57. A Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva manifestou-se em seu parecer no sentido da não incidência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória baseado no disposto na Resolução TCU 344/2022 e considerando, para tanto, que as decisões proferidas pelo STF nos mandados de segurança impetrados por Joesley Batista, pela JBS S.A. e por Guido Mantega, tiveram efeitos apenas entre as partes.

58. A propósito, entendo pertinente transcrever o trecho do parecer proferido, haja vista o pleno alinhamento ao entendimento por mim defendido neste e noutros processos que tratam das operações de aporte de capital realizadas pela BNDESPar nas empresas frigoríficas inicialmente abordadas no Acórdão 3011/2015-TCU-Plenário, já conhecido deste Plenário quando relatei o processo concernente à operação da JBS para aquisição da empresa Pilgrim's (TC-036.606/2018-9), que foi o primeiro a ser conduzido no mérito a exame deste Plenário na Sessão de 11/10/2023. Eis, portanto o pronunciamento da d. Procuradora-Geral neste feito:

“24. Outra alegação que merece destaque diz respeito à prescrição. A unidade técnica sustentou a aplicação da tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, predominante no âmbito deste tribunal na ocasião da conclusão da instrução de mérito.

25. Quanto à pretensão punitiva, propugnou pela aplicação dos critérios gerais fixados pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, adaptados quanto ao termo inicial do prazo de prescrição pela tese consignada no voto condutor do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, já mencionada neste parecer, segundo a qual o prazo de prescrição teria começado a correr em 26/05/2015, data da decisão prolatada pelo STF no MS 33.340-DF.

26. Além disso, a unidade técnica também analisou a prescrição das pretensões de ressarcimento e punitiva sob o regime previsto na Lei 9.873/1999, inclusive à luz do entendimento manifestado pelo Min.

Edson Fachin no voto condutor do acórdão prolatado pelo STF no julgamento da ADI 5509, tendo concluído pela não ocorrência.

27. Posteriormente à manifestação da unidade técnica, foi publicada a Resolução TCU 344/2022, em 21/10/2022, que, fruto de consenso do tribunal, regulamentou a prescrição das pretensões punitivas e de ressarcimento. A referida resolução aplica-se aos processos nos quais não tenha ocorrido o trânsito em julgado até a data de sua publicação (art. 18), devendo, portanto, orientar a presente análise.

28. As irregularidades ora sob exame foram identificadas em fiscalização do TCU, de modo que o prazo quinquenal de prescrição deve ser contado da data em que foram conhecidas (art. 4º, IV, da citada resolução).

29. Tais irregularidades dizem respeito, em apertada síntese, a supostas deficiências de análise e fundamentação nos pareceres técnicos que embasaram o enquadramento e a aprovação das operações, bem como as liberações de recursos.

30. Extrai-se dos autos que tais documentos foram inicialmente analisados, embora ainda de forma não aprofundada, na auditoria procedida no âmbito do TC 007.527/2014-4, cujo resultado foi apresentado por meio do Relatório de Fiscalização 423/2014. Embora as operações envolvendo a Bertin não estivessem no escopo inicial dessa fiscalização, constaram considerações da equipe de auditoria sobre tais operações no anexo IV do referido relatório. A partir dessas informações, o ministro relator entendeu que havia indícios de irregularidades, o que resultou em determinação constante do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário para autuação de apartado com vistas ao aprofundamento da apuração.

31. Sobre o termo inicial da prescrição com fundamento no art. 4º, IV, da Resolução TCU, vale destacar o seguinte precedente, segundo o qual considera-se como data do conhecimento das irregularidades pelo Tribunal a data em que for lavrado ou assinado o relatório de auditoria.

Para fins de contagem do prazo prescricional, a data do conhecimento da irregularidade pelo TCU em suas fiscalizações (art. 4º, inciso IV, da Resolução TCU 344/2022) corresponde àquela na qual há o registro dos achados de auditoria: a data em que for lavrado ou assinado o respectivo relatório de auditoria, relatório de fiscalização ou parecer da unidade técnica responsável, a partir da qual a irregularidade constará registrada nos autos.

Acórdão 2643/2022-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

32. Desse modo, pode-se considerar que as irregularidades se tornaram conhecidas pelo Tribunal, mesmo que de forma parcial e indiciária, em 16/11/2015, data da juntada do Relatório de Fiscalização 423/2014 aos autos do TC 007.527/2014-4 – data essa que se pode presumir ser a da sua assinatura. Assim, na referida data deflagrou-se o curso do prazo prescricional.

33. Nesse ponto, é importante distinguir o conhecimento pelo TCU das operações envolvendo a aquisição de participação acionária da Bertin pelo BNDESPar do conhecimento das irregularidades tratadas no presente processo. As operações em questão eram conhecidas pela Corte de Contas ao menos desde 2009, pois, como visto neste parecer, foram mencionadas no relatório da auditoria autuada sob o TC 013.940/2009-6.

34. Contudo, as irregularidades ora sob análise não eram conhecidas pelo TCU na ocasião, uma vez que não foram relatadas na auditoria, tampouco há notícia de que a respectiva equipe tenha tido acesso aos pareceres técnicos nos quais vieram a ser identificadas, em razão do entendimento do BNDES sobre o sigilo, como já mencionado neste parecer.

35. Diversos eventos identificáveis como causas interruptivas do prazo de prescrição podem ser apontados nos autos do TC 007.527/2014-4, do TC 034.935/2015-0 e do presente processo, de acordo com os critérios previstos no art. 5º da Resolução TCU 344/2022.

36. Com fundamento no inciso II do mencionado artigo (ato inequívoco de apuração do fato), podem ser citados os seguintes marcos temporais interruptivos, dentre outros:

- 25/11/2015, data da prolação do Acórdão 3.011/2015-TCU-Plenário, que determinou a autuação de apartado ao TC 007.527/2014-4 (que veio a ser o TC 034.935/2015-0), para que fossem analisados os indícios de irregularidades relacionadas à operação de participação acionária na empresa Bertin S.A. e sua posterior incorporação pela empresa JBS;

- 12/9/2018, data da prolação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, que determinou a conversão do TC 034.935/2015-0 em tomada de contas especial, bem como a realização de audiências e citações, resultando na autuação do presente processo;

- 24/6/2022, data da juntada da instrução de mérito da unidade técnica aos autos do presente processo;

37. Sobre esse último evento, vale mencionar o seguinte precedente:

A instrução de mérito da unidade técnica constitui ato inequívoco de apuração do fato (art. 5º, inciso II, da Resolução TCU 344/2022), provocando a interrupção da contagem do prazo prescricional das pretensões punitiva e ressarcitória do TCU.

Acórdão 2504/2022-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS

38. Vê-se que não transcorreu o prazo quinquenal entre esses marcos interruptivos. Além disso, o presente processo, autuado em 17/9/2018, não permaneceu por mais de três anos paralisado, pendente de julgamento ou despacho. Com efeito, podem ser mencionados, dentre outros atos, os despachos do ministro relator de 23/9/2020 e 21/6/2021 (peças 688 e 1145), que trataram, respectivamente, da análise de parcela do suposto dano e da inclusão, manutenção ou exclusão de alguns responsáveis no processo, caracterizando-se como atos que interferiram de modo relevante nas apurações, para fins do art. 8º, § 1º, da Resolução TCU 344/2022.

39. Assim, conclui-se que não se caracterizou a prescrição das pretensões punitivas e de ressarcimento em relação às irregularidades tratadas no presente processo.

40. Por fim, importante mencionar que, em 19/12/2022, foram proferidos julgamentos de mérito nos mandados de segurança 37.664, 37.705 e 37.728, impetrados por Guido Mantega, Joesley Mendonça Batista e JBS S.A., respectivamente, declarando a prescrição, em relação aos impetrantes, da pretensão sancionatória e de ressarcimento ao erário pelo Tribunal de Contas da União, nos autos desta tomada de contas especial (TC 033.879/2018-4).

41. Tal circunstância ensejou a juntada aos autos de requerimentos por diversos responsáveis pleiteando que as razões de decidir dos referidos julgados sejam aplicadas em seu favor, haja vista a identidade das situações (peças 1535, 1539, 1551 e 1560).

42. Ocorre que as mencionadas decisões do STF, proferidas monocraticamente, foram impugnadas mediante agravo regimental. Não houve, até o momento, julgamento dos referidos recursos (consulta ao andamento processual no site do STF realizada em 3/2/2023). De qualquer forma, por produzirem efeitos apenas entre as partes, essas decisões não interferem, em relação aos demais responsáveis arrolados no presente processo, na análise da prescrição apresentada nos parágrafos anteriores, efetuada em conformidade com a Resolução TCU 344/2022, que fixou o atual entendimento do TCU sobre o tema.”

IV.3 – Exame deste Relator

59. Alinho-me, integralmente, ao exame consignado no pronunciamento da representante do Ministério Público/TCU quanto à preliminar de prescrição.

60. Amplo estudo fora realizado por este Tribunal no âmbito do TC-008.702/2022-5, a partir de relatório do grupo de trabalho (GT) constituído pela Ordem de Serviço-Segecex nº 5, de 30 de março de 2022, com o objetivo de *“propor projeto de normativo que discipline o tema da prescrição da pretensão ressarcitória e da prescrição da pretensão punitiva no âmbito do controle externo”* em cumprimento ao item 9.8 do Acórdão 459/2022-TCU-Plenário, a partir do qual, mediante o Acórdão 2285/2022-TCU-Plenário, aprovou-se o Projeto de Resolução a respeito do tema.

61. Consequentemente, diante de tal aprovação colegiada, a Presidência do Tribunal de Contas da União editou a da Resolução TCU 344/2022, de 11/10/2022 (BTCU Deliberações nº 198 de 21/10/2022) que, trazendo em seus considerandos as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário nº 636.886 (Tema 899 de Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509, disciplinou a incidência de prazo prescricional quinquenal às pretensões punitivas e de ressarcimento dos processos atinentes ao Controle Externo exercido por esta Corte, bem assim, a incidência de prazo de prescrição intercorrente trienal, nos termos ali normatizados, tudo em consideração aos entendimentos daquela Corte Suprema.

62. A propósito dos recentes julgamentos colacionados aos autos, relativos a Mandados de Segurança impetrados pelos responsáveis Joesley Batista, Guido Mantega e JBS S.A., todos eles relativos a este processo TC-033.879/2018-4, que cuida da operação de participação acionária na

empresa Bertin S.A. e sua posterior incorporação pela empresa JBS S.A., releva mencionar que as decisões proferidas monocraticamente pelo Ministro Ricardo Lewandowski ainda se encontram em grau de recurso, tendo sido a relatoria transferida ao Ministro Cristiano Zanin¹. Ademais, decisão proferida em sede monocrática, não se afigura suficiente a refletir o posicionamento firme e não vacilante daquele Tribunal sobre a matéria, de sorte a consolidar a jurisprudência daquela Corte Constitucional sobre a questão e a provocar a alteração da Resolução TCU 344/2022 e sua aplicação por esta Corte de Contas, como realizada atualmente. Mesmo o recurso a ser apreciado, por se tratar de Agravo, será conduzido ao exame de Turma do STF e não ao Plenário daquela Corte, de sorte a colher o entendimento consolidado de todos os Ministros.

63. Ademais, decisões como essas, além de não evidenciarem o entendimento consolidado da Corte Suprema, não transbordam de suas próprias balizas, pois têm eficácia *inter partes*, como reconhecido pelos responsáveis, não possuem efeitos vinculantes, e não foram tomadas em processos nos quais se enunciam Temas de Repercussão Geral, cujos enunciados são verdadeiras fontes do direito a ser observado pelos demais jurisdicionados. Tampouco resultaram em tese sumulada, seja em verbete ordinário ou de natureza vinculante.

64. Assim, diante da independência das instâncias administrativa e judicial, a esta Corte compete juízo próprio sobre a matéria de prescrição, salvo em relação às específicas pessoas agraciadas com a concessão da segurança, e nos específicos processos em que obtidas. Portanto, reputo que os efeitos atingem apenas as pessoas dos impetrantes.

65. Há que se ter em mente que no Direito há visões diferentes de determinadas matérias, a depender da linha de interpretação adotada. Tanto assim que antes o STF interpretava o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no que tange aos processos desta Corte de Contas, de maneira a entender pela imprescritibilidade (MS 26.210-9/DF; Rel. o próprio Min. Ricardo Lewandowski), e, só mais recentemente, alterou sua linha de entendimento para entender que incide prescrição.

66. Assim foi que antes, escorada em decisões anteriores do próprio STF, e em interpretações próprias daquele dispositivo constitucional, esta Corte editou a Súmula TCU 282, e, agora, diante de mudança de entendimento, e da sinalização realizada na ADI 5509 e no Tema 899 de Repercussão Geral, editou a Resolução TCU 344/2022, abraçando a tese de prescrição quinquenal do dano e das pretensões punitivas, estas últimas antes tratadas como de prazo decenal.

67. Além do mais, diversas outras decisões havidas no âmbito dos Mandados de Segurança impetrados perante aquela Corte, especialmente, após o Tema 899 de Repercussão Geral, têm recebido interpretações distintas sobre a aplicação dos critérios da Lei 9.873/1999 aos processos deste Tribunal, não havendo sequer segurança jurídica, ainda, do caminho a ser adotado por distintos Relatores perante o STF em relação a cada impetrante.

68. Diferentemente, todavia, foi a regulação da matéria neste Tribunal, que, após a compilação de estudos desses diferentes julgados, entendeu por regular o assunto na forma da aludida norma prescricional, baseando-se no julgamento de ADI, de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, além de escorar-se em grande maioria de entendimentos extraídos de julgamentos havidos monocraticamente por distintos relatores no STF, conforme o registro constante do voto proferido pelo Ministro Antônio Anastasia, Relator do então Projeto da Resolução submetida e aprovada por este Tribunal mediante o Acórdão 2285/2022-TCU-Plenário.

69. A propósito, em claro conflito com a decisão adotada pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski ao final de 2022, cito, a título de exemplo, o entendimento extraído do MS 36.905 AgR

¹ O Ministro Cristiano Zanin Declarou-se impedido e os processos foram redistribuídos:

a) o MS 37.664 (AgR), impetrado por Guido Mantega, passou à relatoria do Ministro André Mendonça;

b) o MS 37.705 (AgR), impetrado por Joesley Mendonça Batista, passou à relatoria do Ministros Dias Toffoli; e

c) o MS 37.728 (AgR), impetrado por JBS S/A, passou à relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

/DF (Rel. o Ministro Roberto Barroso), também proferido no segundo semestre do mesmo ano, e assim ementado:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADA EM DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.873/1999. OCORRÊNCIA DE FATOS INTERRUPTIVOS DA PRESCRIÇÃO.

1. Mandado de Segurança impetrado contra ato do TCU que julgou irregulares as contas referentes a convênio firmado pelo recorrente com repasse de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

2. Nos termos da jurisprudência recente desta Casa, a pretensão de ressarcimento ao erário do TCU é prescritível, sendo aplicável a Lei nº 9.873/1999, seja quanto ao prazo de prescrição, seja quanto às causas de interrupção do respectivo prazo.

3. O art. 2º, II, da Lei nº 9.873/1999 prevê que a prescrição se interrompe por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato, mesmo antes de cientificada a parte interessada. No caso concreto, houve várias causas interruptivas do lapso prescricional, de modo que não se pode reconhecer a inércia da Administração Pública.

4. Impossibilidade de averiguação da prescrição intercorrente, na forma do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/1999, em razão da ausência de cópia integral do processo de tomada de contas especial nos autos. Ausência de prova pré-constituída do alegado direito líquido e certo.

5. Agravo a que se nega provimento.

(MS 36905 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 22/08/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 26-08-2022 PUBLIC 29-08-2022)” (Destaquei)

70. Veja-se, por oportuno, o que consignou o Ministro Roberto Barroso acerca dos marcos interruptivos alusivos aos atos inequívocos de apuração dos fatos nesse julgado relativo a Mandado de Segurança impetrado em face deste Tribunal de Contas da União:

“5. Quanto à interrupção do prazo prescricional, a recorrente defende que somente os atos inequívocos que importem apuração do fato dos quais tivesse ciência estariam aptos a gerar tal efeito. No entanto, esta Corte já reconheceu que a prática dos atos inequívocos prescinde de citação, intimação ou notificação do interessado. Nesse sentido: MS 35.208-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma; MS 35.430-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma; MS 37.913-AgR, Relª. Minª. Rosa Weber, Primeira Turma; e MS 38.232-AgR, Relª. Minª. Rosa Weber, Primeira Turma, cuja ementa teve o seguinte teor:

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DELIBERAÇÃO DO TCU. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO E APLICAÇÃO DE MULTA. LUSTRO PRESCRICIONAL ESTATUÍDO NA LEI Nº 9.873/1999. **INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO POR ATOS INEQUÍVOCOS QUE, ANTERIORES À CITAÇÃO DO IMPETRANTE NA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, IMPORTARAM NA APURAÇÃO DO FATO.** VIABILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. 1. À luz dos marcos interruptivos indicados nas informações prestadas pelo Tribunal de Contas da União, a imputação de débito e a aplicação de multa não foram alcançadas pelo lustro prescricional estatuído na Lei nº 9.873/1999. 2. **Ainda quando anterior à citação em tomada de contas especial, ato inequívoco, que importe na apuração do fato, é apto a interromper o fluxo do prazo prescricional, nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 9.873/1999.** Precedentes: MS 37293 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 30.4.2021; e MS 35208 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 10.02.2021. 3. Agravo interno conhecido e não provido. (Grifei)

(...)” (destaque no parágrafo inicial por mim acrescido)

71. Vez que o assunto foi tratado em sede de Agravo, foi ele conduzido à deliberação da Primeira Turma do STF, e acompanharam esse entendimento os Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber, além do próprio relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, não tendo participado do julgamento os

Ministros Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia apenas. A decisão, a propósito, já conta com trânsito em julgado naquele Tribunal.

72. Antes dessa apreciação colegiada, o Ministro Barroso havia denegado a segurança ao impetrante reconhecendo todas as causas interruptivas da prescrição aduzidas por este Tribunal e que importariam atos inequívocos de apuração dos fatos, quais sejam: “(i) a fiscalização realizada pela Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), que deu origem à nota técnica 29/DSTEM/SFC/MF, de 20.09.2001, em que se apontam indícios de irregularidades na condução do convênio; (ii) a edição da Portaria 11, de 03.03.2005, que constituiu Comissão de Tomada de Contas Especial; (iii) a autuação, em 26.04.2006, do processo de tomada de contas especial, em sua fase interna; (iv) a comunicação ao impetrante, em 16.05.2006, da TCE instaurada pelo MTE, que foi acompanhada da apresentação de resposta em 19.07.2006; (v) a constituição da TCE com a designação dos membros da comissão, nos termos da Portaria 63, de 25.05.2010; (vi) o relatório da tomada de contas especial do MTE, lançado em 11.11.2014; (vii) a autuação de tomada de contas especial no âmbito do TCU, em 15.09.2015; (viii) a citação do impetrante nos termos do Ofício 0490/2016- TCU/SECEX-SP, de 04.03.2016; e (ix) o ato apontado como coator, consistente no Acórdão 6.609/2019-TCU-1ª Câmara, proferido em 30.07.2019”.

73. Diferente, portanto, e com menor força, é o entendimento consignado nos Mandados de Segurança impetrados em face da operação de Bertin S.A., em que o entendimento foi manifestado de forma monocrática, pendente ainda a apreciação dos recursos e da subsunção ao colegiado.

74. Os estudos levados a efeito nos autos do processo que resultou na edição da Resolução TCU 344/2022, da mesma forma, conduziram ao apontamento de que diversos ministros do STF abraçam a tese de que a Lei não impôs limites à causa interruptiva, consignando ela que se refere a qualquer ato inequívoco de apuração dos fatos.

75. Nesse sentido, relembro que foram apontados diversos precedentes que sustentam a aplicação desse dispositivo da forma inclusive como a realizada pela unidade instrutiva nestes autos, os quais podem ser extraídos do voto proferido pelo eminente Ministro Antônio Anastasia, Relator do então Projeto da Resolução submetida e aprovada por este Tribunal mediante o Acórdão 2285/2022-TCU-Plenário:

“59. Conforme bem demonstrou o Ministro Raimundo Carreiro, no voto que apresentou ao Plenário na Sessão de **12.05.2021**, quando, pela primeira vez, foi submetido ao Colegiado o citado TC-000.006/2017-3, cujo julgamento foi suspenso naquela oportunidade em face de pedido de vista formulado pelos Ministros Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler e Vital do Rêgo, até aquela data havia quatro teses sendo consideradas por diversos ministros do STF sobre a prescrição da pretensão **ressarcitória**, assim sumarizadas por Sua Excelência (grifos do original):

Primeira: a prescrição do dano, para o TCU, é de **cinco anos, a contar da data do fato**, por aplicação da **Lei 9.873/1999**;

Segunda: a prescrição do dano, para o TCU, é de **cinco anos, a contar da apresentação à Administração Pública da prestação de contas ou, não havendo o dever de prestar contas, a contar da ciência do fato pelo TCU, exceto no caso de ilícito administrativo que for também crime, hipótese na qual se aplica o prazo da lei penal**, pela aplicação supletiva e sistemática da **Lei 9.873/1999** conjugada com a **Lei 8.429/1992** (Lei de Improbidade Administrativa);

Terceira: a prescrição do dano, para o TCU, é de **dez anos, a contar da data do fato**, por aplicação do art. 205 do **Código Civil**;

Quarta: a prescrição do dano, para o TCU, é de **dez anos, a contar da data final da prestação de contas**, por aplicação do art. 205 do **Código Civil**, tendo em vista que se trata de prescrição da pretensão de exigir contas e não de pretensão ressarcitória, que só surge com eventual imputação do débito, ao final da tomada de contas especial.

60. No entanto, o aludido estudo da Consultoria Jurídica do TCU revelou uma significativa evolução da jurisprudência do STF no tocante à prescrição da pretensão **ressarcitória**, por meio de seis

decisões colegiadas, sendo uma da Segunda Turma e cinco da Primeira Turma, todas posteriores à apresentação do voto do Ministro Raimundo Carreiro, ocorrida na sessão plenária desta Corte de Contas do dia **12.05.2021**, mas anteriores ao estudo da Conjur, concluído em **08.09.2021**, que aplicaram à prescrição da pretensão **ressarcitória** as regras da Lei 9.873/1999, ou seja, o prazo de cinco anos **a contar da data do fato**. São as seguintes:

- MS-AgR 37.373 (Segunda Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento virtual de 21.5.2021 a 28.5.2021);
- MS-AgR 36.523 (Primeira Turma, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual de 13.8.2021 a 20.8.2021)
- MS-AgR 37.120 (Primeira Turma, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual de 13.8.2021 a 20.8.2021)
- MS-AgR 37.475 (Primeira Turma, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual de 20.8.2021 a 27.8.2021).
- MS-AgR 37.514 (Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual de 20.8.2021 a 27.8.2021).
- MS-AgR 37.476 (Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual de 20.8.2021 a 27.8.2021).

61. Lembro, ainda, que, no voto complementar que apresentou ao Plenário do TCU, na Sessão de **1º.12.2021**, o Ministro Raimundo Carreiro mencionou mais quatro importantes decisões colegiadas do STF, prolatadas após a conclusão do estudo da Conjur, no mesmo sentido das seis decisões anteriores identificadas pela Consultoria Jurídica, que são as seguintes:

- MS 35.971 (Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, redator para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 19.10.2021);
- MS-AgR 35.430 (Primeira Turma, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual de 22.10.2021 a 03.11.2021);
- MS-AgR 38.138 (Primeira Turma, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual de 29.10.2021 a 10.11.2021);
- ADI 5509 (Pleno, rel. Min. Edson Fachin, julgamento virtual de 29.10.2021 a 10.11.2021).

62. A partir desses dez precedentes julgados ainda no ano de 2021, o STF consolidou dois entendimentos, quais sejam:

- **Primeiro:** o de que a prescrição da pretensão ressarcitória na fase constitutiva do título executivo no TCU não é regida pelo Código Civil, que fixa o prazo de 10 anos, mas sim pela Lei 9.873/1999, cujo prazo é de cinco anos;

- **Segundo:** o de que as causas interruptivas da prescrição, previstas no art. 2º, incisos I a IV, da Lei 9.873/1999, alcançam tanto os atos praticados dentro do TCU quanto os atos praticados por seus jurisdicionados, tais como os órgãos repassadores de recursos mediante transferências voluntárias, demais jurisdicionados e os órgãos de controle interno, a exemplo dos seguintes atos, entre outros:

- a) relatório de auditoria elaborado pelo órgão repassador e pelo controle interno (art. 2º, inciso II);
 - b) instauração de Tomada de Contas Especial pelo órgão repassador ou por qualquer outra unidade jurisdicionada ao TCU (art. 2º, inciso II);
 - c) autuação da Tomada de Contas Especial no âmbito do Tribunal de Contas da União (art. 2º, inciso II);
 - d) ato que ordenar a citação do responsável (art. 2º, inciso I) e
 - e) a prolação do acórdão condenatório pelo TCU (art. 2º, inciso III).”
- (destaques do original)

76. De relevo o apontamento realizado no âmbito dos estudos realizados naquele processo por Grupo de Trabalho instituído para examinar o tema e oferecer proposta a este Tribunal, segundo o qual o conceito aberto relativo a “ato inequívoco de apuração do fato” não deveria ser delimitado no normativo do TCU, tampouco exemplificado nesse normativo (sugestão inclusive que chegou a ser posteriormente cogitada pelo Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, mas rejeitada pelo Ministro Antônio Anastasia e pelo Tribunal, conforme consta registrado no Acórdão 2285/2022-TCU-Plenário).

77. Àquela ocasião já se consolidava o entendimento acerca da opção, tal qual o legislador, de referir-se a um conceito jurídico indeterminado (“ato inequívoco de apuração do fato”), mas que seria

facilmente delimitado pela própria aplicação da norma, uma vez que o legislador indicava ser possível inúmeros atos inequívocos de apuração.

78. De fato esses atos foram qualificados pela palavra “qualquer” no texto da Lei 9.873/1999, ao dispor que se interrompe a prescrição “II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” denotando um amplo espectro de possibilidades.

79. Àquela ocasião apontou-se, inclusive, precedente da lavra do próprio Ministro Ricardo Lewandowski no MS 36067-ED-AgR/DF, segundo o qual haveria diversos atos inequívocos de apuração dos fatos a serem considerados, e não apenas a audiência ou a citação, esta prevista expressamente em outro inciso (I, do art. 2º da referida Lei):

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2º, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.

II – **Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levando-se em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.**

III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019)” (destaquei)

80. No referido Mandado de Segurança o Ministro julgador havia reconhecido como atos inequívocos de apuração dos fatos cinco situações (art. 2º, II, da Lei 9.873/1999): a) **o relatório de auditoria** em conjunto realizada pelo Denasus e pela Secretaria Federal de Controle; b) **a instauração de Tomada de Contas Especial** pelo FNS; c) **a autuação da Tomada de Contas Especial** no âmbito deste Tribunal de Contas da União; d) **o ato que ordenou** a citação do responsável; e) **o exercício do poder punitivo ocorrido com a prolação do Acórdão 1563/2012-Plenário.**

81. Com efeito, entender-se, como realizado nos Mandados de Segurança decididos monocraticamente pelo Ministro Ricardo Lewandowski em relação a Guido Mantega, Joesley Batista e JBS S.A., que somente a audiência e a citação comportariam os requisitos necessários a se considerar ato inequívoco de apuração dos fatos em relação aos responsáveis, exigindo que o ato de determinação da apuração especificasse os atos irregulares e os respectivos responsáveis, é retirar praticamente toda a eficácia do disposto no art. 2º, inciso II, da Lei 9.873/1999, tornando-o quase letra morta, pois somente após a realização da fiscalização é que se torna possível realizar tal identificação, bem assim porque o inciso I daquele dispositivo já contempla a citação ou a notificação, causas essas que se destacaram das demais hipóteses.

82. Como sabido, apenas em alguns casos de representação ou denúncia o Tribunal é capaz de iniciar apuração já com indícios específicos dos atos irregulares e com a identificação dos responsáveis. E, mesmo nesses casos, somente após a fiscalização é possível confirmar-se a veracidade das informações apresentadas na inicial. Assim, a melhor interpretação do dispositivo deve considerar também a necessidade de preservar o interesse público envolvido, a entender que o início de uma fiscalização sobre determinado objeto representa apuração dos fatos nele inseridos, para os fins do art. 2º, II, da Lei 9.873/1999.

83. E digo mais. A processualística deste Tribunal não deve ser ignorada, haja vista que os atos de apuração realizados em processos fiscalizatórios nem sempre resultam na imediata identificação dos responsáveis, sendo bastantes o apontamento de indícios de danos, para os quais tem-se a conversão do processo fiscalizatório em uma Tomada de Contas Especial, nos termos do art. 47 da Lei 8.44/1992. Essa, por sua vez, consiste também em sequência, instrumento de apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, nos termos do art. 8º da mesma Lei.

84. A considerar nos processos do TCU que o ato de determinação da apuração especifique os atos irregulares e os respectivos responsáveis, teremos a supressão do disposto no inciso II do art. 2º da Lei 9.873/1999, e a incidência de praticamente todos os casos em que realizadas as fiscalizações, por demandas do Congresso Nacional, do próprio Tribunal, ou de denúncias e representações, à causa interruptiva prevista no inciso I daquele dispositivo (citação ou notificação).

85. Considerando que a teor do disposto no art. 4º da Resolução TCU 344/2022, o prazo de prescrição será contado “*IV - da data do conhecimento da irregularidade ou do dano, quando constatados em fiscalização realizada pelo Tribunal, pelos órgãos de controle interno ou pelo próprio órgão da Administração Pública onde ocorre a irregularidade;*”, havendo o TCU intentado tal fiscalização e logrado com ela obter detalhes das operações, bem assim os documentos pertinentes, somente no curso dessa, e com base em decisão judicial, esse momento deve ser o marco a ser aplicado.

86. O normativo editado por este Tribunal, como se sabe, seguiu tese majoritariamente defendida pelo STF e em especial na ADI 5509, que contempla a *actio nata subjetiva*, na linha inclusive do que defendi por ocasião do Acórdão 2154/2018 – TCU – Plenário (tópico III do voto condutor), pois o termo *a quo*, em se tratando de processo fiscalizatório desta Corte, é a data do conhecimento da irregularidade ou do dano. *In casu*, restam afastadas outras hipóteses a título do marco inicial, porquanto somente na fiscalização, e após decisão judicial, foi possível examinar adequadamente a operação e tomar conhecimento das irregularidades, em face do levantamento do sigilo bancário apostado pela instituição BNDES contra os órgãos de controle e a sociedade em geral.

87. Registro que o argumento no sentido de que seria possível o conhecimento da irregularidade ainda sob a vigência do sigilo revela-se impróprio e não corresponde à realidade registrada por este Tribunal por ocasião da fiscalização empreendida sobre a aludida operação.

88. Com efeito, o conhecimento da irregularidade somente ocorreu após o levantamento do sigilo, operado em 2015 por força de decisão do STF no Mandado de Segurança 33.340/DF.

89. Por ocasião da fiscalização empreendida no âmbito do TC-007.527/2014-4, da qual resultou no relatório de auditoria realizada no BNDES com o objetivo 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, e no qual as operações envolvendo também Bertin foram tratadas de forma superficial, restaram registrados dentre as limitações inerentes aos trabalhos de auditoria realizados, e como pode ser lido no Acórdão 3011/2015-Plenário, o mesmo que derivou a representação apreciada mediante o Acórdão 2154/2018 – TCU – Plenário, os seguintes entraves ao conhecimento das eventuais irregularidades passíveis de detecção no momento da fiscalização:

“2.5 Limitações inerentes à auditoria

As condições específicas que limitaram a aplicação das normas e dos padrões do TCU na íntegra referem-se, principalmente, ao fato do BNDES não ter disponibilizado acesso direto aos seus sistemas informatizados. Com isso, as análises da equipe de auditoria verificaram-se, preponderantemente, a partir de documentos e informações fornecidas pelo próprio Banco.

Além disso, houve documentos e informações que não foram integralmente apresentados à equipe de auditoria, pois o BNDES alegava que estava observando as regras de sigilo bancário previstas na Lei Complementar 105, de 10/1/2001.

Tal limitação persistiu até a data de 26/5/2015, quando a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) negou o Mandado de Segurança (MS) 33340 impetrado pelo BNDES contra decisão do TCU, que havia determinado, ao apreciar o TC Processo 007.527/2014-4, o envio, pela aludida instituição financeira, das informações solicitadas por meio de ofícios de requisição da equipe de auditoria, relativas às operações realizadas com o grupo JBS/Friboi (Acórdão 2462/2014-TCU-Plenário).

Cabe acrescentar que, em decorrência da interrupção dos trabalhos de auditoria, enquanto se aguardava a manifestação do STF, houve necessidade de realocação de membros da equipe de auditoria e posterior recomposição da equipe com novos auditores, o que também pode ser considerada uma limitação no desenvolvimento do presente trabalho.”

90. Também mais adiante no mesmo relatório, no histórico apresentado dos trabalhos de auditoria realizados, a equipe de auditoria registrou as dificuldades enfrentadas até o recebimento da documentação que finalmente permitiu o levantamento das condições em que realizadas as operações e o apontamento de indícios de irregularidades:

“I – HISTÓRICO DO PROCESSO

3. Em 31/03/2014 a Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados encaminhou a este Tribunal o Ofício 86/2014/CFFC-P por meio do qual solicitou a realização de fiscalização nas operações do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES com as empresas do Grupo JBS/Friboi.

4. Em atendimento a essa solicitação, instrução da SecexEstataisRJ, de 02/05/2014, sugeriu fosse realizada auditoria de conformidade junto ao BNDES e BNDESPar. Tal sugestão foi acolhida por meio do Acórdão 1398/2014-TCU-Plenário, de 28/05/2014, que determinou a realização e conclusão do referido trabalho em 90 dias e a imediata comunicação caso fossem encontrados óbices fundados em sigilo bancário.

5. A auditoria teve início em 03/07/2014. Em 07/07/2014 foram requisitadas as primeiras informações, as quais foram reiteradas em 10 e 22 de julho e 6 e 26 de agosto. Em 28 de agosto de 2014 a unidade técnica elaborou instrução nos autos comunicando estar encontrando dificuldades em obter as informações necessárias, vez que o BNDES não estava encaminhando toda a documentação requerida e mesmo quando encaminhava algumas informações importantes encontravam-se tarjadas. Sucessivas reuniões realizadas entre a SecexEstataisRJ e o BNDES eliminaram alguns óbices, mas não todos. Segundo a equipe de auditoria, as informações disponibilizadas permitiriam o atendimento apenas parcial da solicitação encaminhada pelo Congresso Nacional, pelo que requeria prorrogação do prazo para conclusão do trabalho e a expedição de determinação ao BNDES para fornecimento das informações necessárias.

6. Em 17/09/2014, por meio do Acórdão 2462/2014-TCU-Plenário concedeu a prorrogação de prazo solicitada e determinou ao BNDES que disponibilizasse as informações especificadas, bem como qualquer outra que viesse a ser solicitada pela equipe de auditoria, sob pena de aplicação de multa e de afastamento dos responsáveis.

7. Em resposta, o BNDES ingressou com ‘Pedido de reexame, com efeito suspensivo’, alegando, em síntese, que se encontrava impedido de fornecer as informações solicitadas em razão da vedação imposta pelo sigilo bancário. Tal recurso, após instruído pela Secretaria de Recursos – Serur, foi submetido pelo relator então sorteado, Ministro José Jorge, a este Plenário, em 12/11/2014, que decidiu pelo conhecimento e não provimento do mesmo.

8. Em resposta a essa deliberação o BNDES e o BNDESPar comunicaram ao Tribunal, em 25/11/2014, que haviam impetrado o Mandado de Segurança nº 33.340, com pedido de liminar, perante o STF. O Exmo. Ministro Luiz Fux, do STF, decidiu pela não concessão da liminar e determinou fosse ouvido o Ministério Público Federal. Atendendo a tal requisição, o Subprocurador-Geral da República, Paulo Gustavo Gonet Branco concluiu, em seu parecer, que a garantia do sigilo bancário não incide sobre as operações financeiras custeadas com recursos públicos (Nº 2938/2015-PGGB).

9. Em 26/05/2015 a Primeira Turma do STF decidiu que as informações solicitadas pelo TCU deveriam ser fornecidas pelo BNDES, acolhendo voto proferido pelo Min. Luiz Fux nos seguintes termos:

‘(...)

3. *O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos.*

4. *Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais*

situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal (TCU) o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.

5. O segredo como ‘alma do negócio’ consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao sub judice, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas.

(...)

8. In casu, contudo, o TCU deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelas Impetrantes, entidades de direito privado da Administração Indireta submetidas ao seu controle financeiro, mormente porquanto operacionalizadas mediante o emprego de recursos de origem pública. Inoponibilidade de sigilo bancário e empresarial ao TCU quando se está diante de operações fundadas em recursos de origem pública. Conclusão decorrente do dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito.

(...)

Dispositivo

Ex positis, e na esteira do parecer do Ministério Público Federal acostado aos autos e a jurisprudência consolidada desta Corte de que inexistente garantia de sigilo oponível ao TCU em relação a operações bancárias financiadas com recursos de origem pública, DENEGO a segurança, com resolução do mérito, restando prejudicado o exame de medida liminar, por não antever qualquer irregularidade na determinação do TCU que obriga o fornecimento de informações sigilosas contidas em operações realizadas pelas Impetrantes, na medida em que imprescindíveis para o desempenho regular do controle financeiro dos Impetrantes pela Corte de Contas da União’.

10. Em consequência da deliberação do STF o BNDES encaminhou na íntegra as informações solicitadas. A análise dessas informações tornou necessária a solicitação de novos documentos, em 10/07, 27/08 e 30/09/2015.

11. Decorridos um ano desde o início da presente fiscalização, a equipe de auditoria pode dar andamento ao presente trabalho, e, poucos meses depois, apresentar o relatório que ora elevo à apreciação deste Colegiado.”

91. Foi somente nesse procedimento fiscalizatório que **teve início o conhecimento das irregularidades e do dano**, após a remessa de toda a documentação requerida, de sorte que a contagem do prazo prescricional somente poderia incidir **a partir do relatório de auditoria**, ocasião em que o processo contava já com a última remessa de documentação necessária ao exame da equipe de auditoria responsável pela apresentação do relatório final daquele procedimento fiscalizatório a este Tribunal.

92. Assim, é possível constatar-se que, no específico caso dessas operações, nem todos os atos de gestão do BNDES e sua subsidiária estavam sob escrutínio na prestação de contas anual feita pela presidência e diretoria do banco, para fins de apreciação por este Tribunal de Contas. Ainda que eventualmente estivessem sob o escrutínio de auditoria interna, não estiveram esses dados disponíveis para apreciação nas contas por este Tribunal.

93. A partir de então, do levantamento do sigilo, foi que a equipe teve efetivamente condições de realizar seus apontamentos sobre as irregularidades, dando conhecimento ao Tribunal, para fins de deliberação.

94. E, ao tomar conhecimento do teor do relatório, nesse ano de 2015, que foi possível a este Relator efetuar apontamentos adicionais sobre indícios de irregularidades, e o Tribunal adotar, nos termos do Acórdão 3011/2015 – TCU – Plenário (subitem 9.3), medida com vistas à constituição do referido apartado.

95. Esse apartado, por sua vez, constituiu o TC-034.935/2015-0, a partir do qual foram aprofundadas as investigações, de sorte que o Tribunal prolatou o Acórdão 2154/2018 – TCU – Plenário, responsável pela conversão dos autos em Tomada de Contas Especial.

96. Entendo, assim, que o marco inicial de contagem do prazo prescricional se deu, no caso concreto examinado, quando da elaboração do correspondente relatório de auditoria ao término da

fiscalização. Esse entendimento consta explicitado, além daquele acórdão de minha relatoria, citado no parecer do MPTCU, também no seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 2468/2022 – TCU – Plenário (Rel. o Min. Walton Alencar Rodrigues), o qual cuidou de pedido de reexame relativo a fatos apreciados pelo TCU relativos às obras do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (Comperj), de responsabilidade da Petrobras:

“De acordo com o disposto no art. 4º, inciso IV, da Resolução-TCU 344/2022, conta-se o prazo prescricional a partir do conhecimento da irregularidade ou do dano, quando constatada em fiscalização realizada pelo Tribunal, que, no caso concreto, ocorreu com a identificação dos achados na auditoria promovida pela então Secob-Energia, cujo parecer foi assinado em 12/9/2014 (peça 93).”

97. Logo, tem-se que, nos termos do art. 4º, inciso IV, da Resolução TCU 344/2022, **o marco inicial de contagem do prazo prescricional se deu, numa primeira análise, em relação aos fatos trazidos ao conhecimento deste TCU, em 16/11/2015, data essa na qual foram lançados ao processo o Relatório de Fiscalização 423/2014**, com os respectivos pronunciamentos da unidade responsável pela fiscalização, conforme se colhe do Sistema Conecta TCU no Histórico de Tramitação do Processo, **e somente incidiria a prescrição em 16/11/2020.**

98. Ocorre que a prescrição, nos termos do art. 5º, inciso II, da referida Resolução, se interrompe por qualquer ato inequívoco de apuração dos fatos, e o Acórdão 3011/2015 – TCU – Plenário, prolatado em 25/11/2015, para mencionar apenas uma das causas interruptivas operadas, é sem dúvida esse ato.

99. Logo, a partir de tal deliberação teve reinício a contagem do prazo prescricional de que trata a Resolução, findando-se em 25/11/2020.

100. Ocorre que novas causas interruptivas da prescrição foram contempladas em sucessivos atos subsequentes. Não é relevante anotar-se aqui todos, de maneira que prefiro citar o mais emblemático, correspondente justamente ao Acórdão 2154/2018 – TCU – Plenário, de 12/9/2018.

101. O referido acórdão determinou a conversão destes autos em Tomada de Contas Especial, a realização de citações e audiências, bem assim, o aprofundamento da análise.

102. Assim, diante desses novos atos inequívocos de apuração dos fatos, interrompeu-se novamente a contagem do prazo prescricional, cerca de menos de três anos após a interrupção havida pelo acórdão anterior, de maneira que o novo prazo prescricional passaria a se dar em 12/9/2023.

103. Ainda, devo ressaltar que durante o período de tramitação do aludido processo de representação criada mediante o apartado, houve diversas causas interruptivas, haja vista a realização de diligências complementares e necessárias às apurações (atos inequívocos de apuração dos fatos).

104. Com a prolação do Acórdão 2154/2018 – TCU – Plenário, foram realizadas as citações e audiências, a partir das quais se interrompeu novamente o prazo de prescrição, nos termos do art. 5º, inciso I, da Resolução aprovada, desta feita, individualmente em relação a cada responsável.

105. Os prazos ainda deixaram de correr em face de sucessivos pedidos de prorrogação de prazo requeridos pelas partes ao longo da tramitação deste feito, nos termos do art. 7º, inciso VI, da Resolução.

106. De sua vez, além de apurações realizadas em decorrência de diligência e do aprofundamento da análise, com instruções intermediárias nestes autos por parte da unidade instrutiva, houve o lançamento da instrução de mérito à peça 1457 em 14/6/2022 e o pronunciamento da subunidade à peça 1458, em 24/6/2022, reiniciando-se a contagem do prazo prescricional, haja vista que pode ser considerado ato inequívoco de apuração dos fatos, postergando o prazo prescricional para 24/6/2027. Após isso, registre-se que ainda houve pronunciamento lançado aos autos pelo Ministério Público/TCU, já em 2023 (novo ato inequívoco de apuração).

107. A toda evidência, portanto, não escoou o prazo de cinco anos previsto para a prescrição pretensões de ressarcimento e punitiva, haja vista a incidência de diversas causas interruptivas, sejam

elas inerentes à apuração dos fatos tratados nesta Tomada de Contas Especial, sejam inerentes ao exercício de contraditório e ampla defesa, como ocorreu em relação às citações e audiências, deixando-se de correr tal prazo, ainda, em razão de sucessivos pedidos de prorrogação de prazo para defesa.

108. No tocante à prescrição intercorrente, verifico que desde o conhecimento dos fatos em procedimento fiscalizatório deste Tribunal, em nenhum momento os processos ficaram paralisados por mais de três anos pendentes de julgamento ou despacho, nos termos do art. 8º da Resolução, levando-se em consideração, inclusive, que houve diversos atos evidenciando o andamento regular do processo e ainda diversas causas interruptivas dos prazos prescricionais, nos termos dos parágrafos do aludido dispositivo.

109. Veja-se que o processo no qual teve o Tribunal o conhecimento inicial das irregularidades foi o TC-007.527/2014-4. A deliberação adotada no processo foi o Acórdão 3011/2015 – TCU – Plenário, em pouco mais de um ano de tramitação.

110. Esse processo deu origem, a partir do acórdão, ao TC-034.935/2015-0, em que foram aprofundadas as apurações sobre os fatos relativos à operação em questão. Foi ele autuado em 11/12/2015 e já em 19/9/2018, menos de três anos depois, foi apreciado mediante o Acórdão 2154/2018 – TCU – Plenário, não tendo sido paralisado por mais de três anos para incidir em prescrição intercorrente, nele havendo inclusive diversos marcos interruptivos dessa contagem, haja vista que a prescrição intercorrente é interrompida **por qualquer ato que evidencie o andamento regular do processo** (art. 8º, § 1º, da Res. TCU 344/2022), como ocorreu com as diligências saneadoras ali empreendidas, instruções e pronunciamentos da unidade instrutiva e despachos deste Relator, havidos no curso daquele processo.

111. Finalmente, em decorrência daquele julgado, instaurou-se a presente TCE, que, conforme observa a representante do Ministério Público, não restou paralisada por mais de três anos.

112. De se ver, portanto, que também não incidiu o feito em prescrição intercorrente.

113. Em relação às demais preliminares apontadas pelas defesas, consigno, ainda, e por economia processual, tendo em vista a complexidade deste feito e o número expressivo de laudas já produzidas no relatório precedente, que acolho as análises da SecexFinanças.

114. Passo então ao tópico seguinte, avançando no exame de mérito.

V – DANO PELA PERDA DE VALOR NO INVESTIMENTO

115. Ao proferir o voto condutor do Acórdão 2154/2018 – TCU – Plenário, ressaltai perante este Plenário que os elementos contidos nos autos indicavam fortes indícios de que a análise realizada pela BNDESPar sobre a operação de aporte de capital na Bertin S.A. apresentou um grande número de falhas cujo efeito combinado das mesmas resultaram na avaliação de Bertin não condizente com a realidade da empresa naquele momento, culminando em superestimativa do valor da empresa.

116. E, se a Bertin detinha um valor de mercado inferior àquele calculado pela BNDESPar em *valuation*, seria de se concluir que a recomendação de aprovação da operação representaria dano imediato ao patrimônio do banco público. Àquela ocasião, ponderei que *“As condições econômico-financeiras da empresa e a forma superficial e genérica como a operação foi analisada são indícios de que se tratava de uma operação de salvamento, e não de uma operação de aporte de capital em uma empresa sadia, pronta para crescer por meio de investimentos em aquisições e expansões e plantas existentes”*.

117. Entendi, ainda, que havia elementos suficientes para permitir a afirmação no sentido de que houve uma superestimativa do valor da empresa – haja vista que não foram considerados diversos dados que teriam efeitos negativos na avaliação, ao tempo em que foram injustificadamente inflados alguns parâmetros que conduziram a uma elevação do valor –, embora ausentes elementos objetivos a concluir a respeito da efetiva ocorrência de dano decorrente só dessa superestimativa.

118. Divergi ainda do então Diretor da unidade técnica deste Tribunal que opinava no sentido de que o dano eventualmente provocado por essa operação teria deixado de existir quando da incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A.

119. Defendi, por outro lado, que o valor do investimento da BNDESPar não foi preservado, haja vista os parâmetros que utilizei para esse apontamento – disso resultando a imputação de dano: pela perda de valor do investimento –, e que um método mais objetivo de estimativa desse dano poderia ser encontrado utilizando parâmetros fornecidos pelas próprias empresas envolvidas – Bertin, JBS e BNDESPar – quando da aquisição da primeira empresa pela segunda com a aprovação do banco de investimento, no exercício seguinte, qual seja, o número de ações da JBS trocadas pelas ações da Bertin.

120. Uma vez que era possível extrair um valor objetivo diário no mercado para as ações da JBS, o número de ações dessa empresa dados em pagamento pelas ações da Bertin, no momento do anúncio do fechamento do negócio, forneceria, a partir de metodologia que reputei mais adequada, o resultado do negócio para a BNDESPar no momento do “desinvestimento”. Assim, concluí:

“57. Importante deixar claro que não se trata de apurar dano em uma operação bancária – financiamento ou aporte de capital - a partir da eventualidade do resultado lucro ou prejuízo. As operações finalísticas das instituições bancárias oficiais encontram-se sujeitas ao risco do negócio e do mercado, em vista do que os eventuais resultados negativos dessas operações, **quando regularmente analisadas e aprovadas**, não podem ser considerados dano ao patrimônio do banco passível de ressarcimento pelos responsáveis pelas operações.

58. Em situação totalmente diferente encontram-se aquelas operações que não foram regularmente analisadas e aprovadas. Nesses casos, em havendo dolo ou culpa grave, ou erro grosseiro, por parte daqueles que analisaram e aprovaram a operação, seu resultado passa a ser determinante. Se a operação tiver produzido lucro ou tiver sido simplesmente adimplida, os responsáveis pelas irregularidades observadas deverão ser apenas multados pelas condutas irregulares por eles praticadas. Não obstante, se a operação tiver produzido prejuízo ou tiver sido inadimplida, os responsáveis, além de receberem multa por conduta irregular, poderão ser ainda responsabilizados pelo eventual dano provocado à instituição financeira.

59. Gostaria de destacar que esse raciocínio já havia sido por mim apresentado no § 182 do voto (transcrito para a Seção I do presente voto) que fundamentou o já referido Acórdão 3011/2015-Plenário, qual seja: se restar comprovado ter ocorrido falha na análise das informações e/ou na avaliação do valor da Bertin na operação de aporte de capital, então eventual prejuízo configurado no momento da aquisição da empresa pela JBS, ou seja, no momento do desinvestimento, deve deixar de representar risco do negócio, ou seja, um investimento que não apresentou os resultados esperados (e que, portanto, não geraria qualquer débito para eventuais responsáveis), e passará a representar dano produzido por culpa grave, pela prática de erros grosseiros, na análise da operação.

60. Por tudo o até aqui agora exposto, essa primeira operação sob análise nos presentes autos enquadra-se nesse segundo caso, pelo que será necessário avaliar qual o resultado da operação de investimento no momento em que realizado o desinvestimento, ou seja, no momento da venda das ações.” (grifo acrescido)

121. Pois bem, o apontamento do dano necessitou passar pela descrição mais complexa das circunstâncias envolvidas nas duas operações, ou seja, naquela de aporte inicial da BNDESPar na Bertin e naquela outra, de incorporação da empresa pela JBS S.A., sem o que não se teria a exata compreensão de como se chegou ao valor então apontado.

122. Dessarte, julgo necessário transcrever os trechos correspondentes do voto que proferi por ocasião do referido acórdão originador:

“VII – Da operação de aquisição e incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A.

a) Sobre a deterioração econômico-financeira da Bertin

66. Conforme relatado na instrução da unidade técnica (§§ 173 a 187 da instrução), a rápida deterioração da situação financeira da Bertin, configurada no demonstrativo anual de 2008, levou os interessados – Bertin e BNDESPar – a procurarem uma solução consistente na incorporação ou aquisição da empresa por outro grande *player* do mercado.

67. A primeira empresa a analisar a aquisição da Bertin, a partir de julho de 2009, foi a Marfrig. Durante a negociação, a empresa Itaú BBA (ramo do banco Itaú Unibanco que cuida do ‘atacado’ e dos

investimentos institucionais) procedeu, em agosto de 2009, a uma avaliação do valor econômico da Bertin, e obteve um valor estimado em aproximadamente R\$ 5,537 bilhões (§183 da instrução). Importante apontar que essa avaliação já incluía o aporte de R\$ 2,5 bilhões realizados pelo BNDESPar durante o exercício anterior (2008). Considerando o montante da avaliação, a participação do BNDESPar na Bertin, no percentual de 26,92%, estaria valendo, nesse momento, R\$ 1,49 bilhão, **o que representaria uma perda de R\$ 1,01 bilhão no valor do investimento realizado no exercício anterior**. Segundo a unidade técnica, esse foi o principal motivo para a negociação com a Marfrig não ter ido adiante (§§ 185 e 186 da instrução).

68. Esse valor econômico da Bertin estimado pelo Itaú BBA, pelo método do fluxo de caixa descontado, apesar de discrepante daquele obtido pelo BNDESPar em sua avaliação realizada 15 meses antes, por mesmo método, é coerente com a forte deterioração da situação financeira da empresa avaliada. Conforme já visto, a avaliação do valor econômico da Bertin para efeito de análise do apoio financeiro por ela solicitado, realizado no início de 2008, obteve um valor estimado em aproximadamente R\$ 6,655 bilhões, ao qual deveria ser ainda adicionado, para efeito de comparação com o valor encontrado pelo Itaú BBA, os R\$ 2,5 bilhões aportados no referido exercício, o que resultaria no valor de aproximadamente R\$ 9,2 bilhões (valor esse que, conforme discutido na Seção III do presente voto, foi superestimado).

69. Na avaliação realizada no primeiro trimestre de 2008, o BNDESPar utilizou um EBIT projetado para todo o exercício de 2008 da ordem de R\$ 649,9 milhões. Ocorre, entretanto, que o EBIT efetivamente observado em 2008 foi da ordem de R\$ 409,4 milhões, 37% inferior. De se considerar, ainda, que, apesar do aporte realizado, a dívida da Bertin aumentou em R\$ 1,8 bilhão durante o mesmo exercício (§ 66 do parecer do diretor). Uma vez que o EBIT e o valor da dívida detêm influência determinante no método utilizado na avaliação pelo método do fluxo de caixa descontado, é de se concluir que uma nova avaliação realizada com mesmo método no início de 2009, considerando a influência do EBIT efetivo de 2008 e da dívida ao final do exercício, resultaria em valor inferior aos R\$ 6,655 bilhões anteriormente obtidos (§ 72 do parecer do diretor), aí já incluídos os R\$ 2,5 bilhões do BNDESPar.

70. Entretanto, e como existem outros fatores que influenciam o resultado do referido método de avaliação do valor econômico de uma empresa, entendendo razoável considerar, de forma extremamente conservadora, como fez a unidade técnica, que um novo valor econômico obtido por meio dessa hipotética avaliação realizada em 2009, mantidos os demais dados e parâmetros de entrada utilizados pelo BNDESPar em 2008, teria se mantido em R\$ 6,655 bilhões ou menor, aí já considerados o aporte de capital realizado. Ora, 26,92% de R\$ 6,655 bilhões equivale a R\$ 1,79 bilhão (§§ 71 a 73 do parecer do diretor). Dessa forma, mesmo em se mantendo critérios conservadores, **isso representaria uma perda de aproximadamente R\$ 708 milhões no investimento realizado pelo BNDESPar de um exercício para outro**.

b) O início da negociação com a JBS e os indicativos da participação ativa do BNDESPar no negócio

71. A construção da negociação com a JBS ocorreu a partir do insucesso da primeira tentativa realizada com a Marfrig (§§ 189 a 202 da instrução). Não existe muita clareza como se iniciou tal negociação, até porque foi entabulada, pelos menos formalmente, pelas duas empresas interessadas, Bertin e JBS.

72. No âmbito do BNDESPar, as referências à aquisição da Bertin pela JBS aparecem no bojo de uma outra operação, relacionada ao aporte de capital do BNDESPar na JBS para aquisição da empresa norte-americana Pilgrim's Pride, operação essa em apreciação por este Tribunal no âmbito do TC 034.932/2015-1. Nos documentos relacionados a essa outra operação há referência ao aporte de capital na JBS, pelo BNDESPar, no montante de US\$ 2 bilhões (R\$ 3,5 bilhões), parte dos quais para 'melhoria da estrutura de capital' da JBS após aquisição da Pilgrim's e da Bertin, ambas com elevadas dívidas. Como o pedido inicial apenas para aquisição da Pilgrim's montava a US\$ 1,5 bilhão (R\$ 2,625 bilhões), **pode-se deduzir que US\$ 500 milhões (R\$ 875 milhões) foram adicionados em razão da inclusão do apoio à aquisição da Bertin no negócio** (§ 196 da instrução). Não obstante, não existe qualquer documento que informe porque esse montante seria necessário e de que forma seria utilizado.

73. Referências também aparecem nos documentos de acompanhamento relacionados à operação de aporte de capital na JBS para aquisição das empresas norte-americanas National Beef e Smithfield Foods. Uma vez que os órgãos antitruste americanos vedaram a aquisição da National Beef, o valor a ela correspondente, **US\$ 800,6 milhões, após um longo processo, foi autorizado a permanecer em poder da JBS, como apoio adicional à aquisição da Pilgrim's e da Bertin** (§§ 203 a 212 da instrução). Não restou

claro qual montante seria destinado a apoiar qual dessas aquisições e novamente não há qualquer análise relacionada à eventual necessidade desses recursos.

74. Entretanto, pode-se deduzir, a partir dessas referências expressas, contidas em documentos de emissão do próprio BNDES, que houve uma participação ativa do banco nas negociações, a ponto de haver incluído em novas operações de aporte de capital na JBS ou transferido de operações anteriores elevadas parcelas de recursos a título de apoio financeiro à aquisição da Bertin.

c) Avaliações iniciais para a construção da negociação

75. Prosseguindo a análise, para a construção da aquisição da Bertin pela JBS foi realizada uma nova avaliação do valor da primeira empresa, pela consultora Apsis, que resultou em um valor econômico da ordem de aproximadamente R\$ 13,562 bilhões (§ 235 da instrução da unidade técnica). Importante destacar que essa avaliação realizada pela empresa Apsis destoa profundamente da avaliação que havia sido realizada pelo Itaú BBA (R\$ 5,537 bilhões) na mesma época e também daquela obtida a partir da atualização de valores da avaliação realizada pelo BNDES no exercício anterior (R\$ 6,655 bilhões) (§ 237 da instrução).

76. O Sr. Diretor aponta que esse resultado da empresa Apsis foi obtido utilizando um EBIT de R\$ 1,255 bilhão para o ano de 2010, equivalente a um aumento da ordem de 131% sobre o EBIT efetivamente observado no ano de 2009, imediatamente anterior, e 207% superior ao efetivamente observado no ano de 2008, o que de forma alguma seria compatível com a situação financeira precária da Bertin (§§ 83 e 84 do parecer). Ademais, a Apsis projetou a realização de investimentos pela Bertin da ordem de R\$ 2,421 bilhões nos cinco anos seguintes, quando a expectativa seria a de que a empresa teria que realizar desinvestimentos de forma a poder arcar com o vencimento de seu elevado endividamento, o que a impediu, inclusive, de encontrar quem se dispusesse a conceder novos financiamentos (§§ 85 e 86 da instrução). Por fim, a Apsis utilizou um índice de crescimento da Bertin, na perpetuidade, da ordem de 3%, o qual não encontra equivalente nas empresas do mesmo setor econômico (§ 87 do parecer). Quanto a isso, é de se chamar a atenção para o fato de que tanto o BNDES quanto o ITAU BBA utilizaram uma taxa de 1,5% em suas avaliações da Bertin, e que esse percentual de 3% nunca havia sido utilizado pelo BNDES em qualquer das suas avaliações de valor econômico de empresas do mesmo setor econômico (§ 238 da instrução). A conclusão do Sr. Diretor, foi no sentido de que se trata, 'portanto, de projeção muito desarrazoada em relação à realidade da empresa' (§ 88 do parecer).

d) Como foi efetivamente estabelecido o 'valor' econômico das duas empresas

77. Não obstante todas essas avaliações, não foram esses os valores ao final utilizados para estabelecer a relação de troca que foi afinal pactuada.

78. A Assembleia Geral de Acionistas da JBS aprovou a emissão de 929.392.550 novas ações, ao valor nominal de R\$ 12,89 cada, as quais seriam utilizadas para troca pela integralidade das ações da Bertin. Não resta claro, a partir dos elementos constantes dos autos, a forma como foi estimado esse valor para as ações a serem emitidas pela JBS. De qualquer forma, se utilizarmos o valor resultante da multiplicação do número de ações por seu valor nominal, conclui-se que foi atribuído à empresa Bertin S.A. o valor econômico aproximado de R\$ 11,987 bilhões (§§ 240 e 243 da instrução).

79. Ao multiplicarmos o referido valor nominal pelo número de ações da JBS existentes antes dessa deliberação da AGE (1.438.078.926 ações), obtemos o valor de R\$ 18,549 bilhões (§ 93 do parecer do diretor). Adotando o mesmo critério utilizado para estimar o valor atribuído à Bertin, poderíamos concluir que esse foi o valor econômico atribuído à JBS antes da incorporação.

80. Apesar de esse raciocínio indicar que o novo valor econômico da nova JBS, após incorporação da Bertin, montaria a R\$ 30,536 bilhões, resultante da soma dos novos valores nominais atribuídos às ações da JBS, o que se observou foi que o novo capital social restou estabelecido em R\$ 16,483 bilhões, resultante da soma do valor nominal das ações a serem emitidas para adquirir a Bertin (R\$ 11,987 bilhões) ao capital social da JBS anteriormente registrado (R\$ 4,496 bilhões). Voltaremos a esses valores um pouco mais adiante.

81. Quer utilizemos esses novos valores, quer utilizemos o número de ações da JBS correspondentes a cada empresa, **obtem-se, agora, uma nova relação ou proporção entre os 'valores' a elas atribuídos, agora da ordem de, aproximadamente, 39,25% para a Bertin e 60,75% para a JBS.** Tal relação ou proporção foi aquela efetivamente utilizada no negócio.

82. Interessante observar que essa relação entre os valores a serem atribuídos às duas empresas é coincidentemente bastante próxima da relação entre os patrimônios líquidos a preço de mercado das duas

empresas, apesar de não haver qualquer relação necessária de proporcionalidade entre valores econômicos e patrimônios líquidos de duas empresas diferentes.

83. A unidade técnica registrou que, na construção do negócio, foi aventada a possibilidade de se estabelecer a relação de troca das ações entre as duas empresas, Bertin e JBS, com base nos respectivos patrimônios líquidos a preços de mercado, valores esses também calculados pela Apsis Consultoria. O valor encontrado para o patrimônio líquido da JBS foi da ordem de R\$ 6,564 bilhões e para o da Bertin da ordem de R\$ 4,155 bilhões (§ 242 da instrução). A partir desses valores, pode-se deduzir que a contribuição, em termos de valor, da Bertin e da JBS para a empresa resultante seria proporcional à relação 38,77% e 61,23%, respectivamente.

84. Entendo que a relação ou proporção entre os valores econômicos de duas empresas é central em qualquer aquisição ou incorporação estruturada por meio de troca de ações. É a partir dos valores atribuídos às empresas que se estabelece a relação de troca entre as ações. No caso sob análise, conforme descrição até aqui efetuada, o valor econômico encontrado para a Bertin S.A. por meio do método de fluxo de caixa descontado não se revelou importante na construção do negócio. E sequer se tem notícia de ter sido realizada uma nova avaliação da JBS por mesmo método na mesma época. A descrição realizada parece indicar que foi primeiro estabelecida uma relação ou proporção de troca de ações entre as empresas, por ser esse um aspecto essencial do negócio, e apenas posteriormente foi estabelecido um valor para as empresas.

85. Torna-se necessário, nesse ponto, procurar entender a solução construída na realização da incorporação da Bertin pela JBS.

e) Como foram atendidos os interesses dos controladores da JBS

86. Conforme já destacado, os acionistas majoritários da JBS detinham pouco mais de 51% das ações da JBS. O pagamento das ações da Bertin com novas ações emitidas pela JBS faria com que esse percentual fosse diluído na nova empresa, e eles passariam a deter menos que o necessário para manter indisputável seu controle societário, o que permitiria que um acordo entre outros acionistas retirasse deles o controle da nova JBS.

87. Chegou-se, pela forma já descrita, a uma relação ou proporção percentual entre as duas empresas da ordem de 60,75% para a JBS e 39,25% para a Bertin. Aqui se faz necessário apontar que apenas a adoção desses percentuais não garantiria o controle da nova empresa por seus antigos controladores. Observada a referida relação, os acionistas controladores da JBS passariam a deter 30,44% da nova JBS, os acionistas controladores da Bertin passariam a deter 28,68%, o BNDESPar (que detinha, em nome próprio, 18,5% da JBS e, por meio de sua cota de 44,96% do Fundo FIP Prot, mais 3,86%) passaria a deter 22,36% e os demais acionistas passariam a deter 18,52%. É fácil calcular que um acordo celebrado entre os acionistas de menor participação - por exemplo, entre os acionistas controladores da Bertin, BNDESPar e Fundo FIP Prot - seria capaz de obter a maioria absoluta do capital social da nova JBS.

88. O desenho final do negócio previu que os ex-proprietários acionistas majoritários da Bertin (por meio da Bracol Holding Ltda.) e os acionistas majoritários da JBS (por meio da J&F Participações e da ZMF Participações) constituiriam uma nova holding, a FB Participações. Uma vez que detinham respectivamente 73,08% da Bertin e 51,11% da JBS, essa holding necessariamente deteria o controle da nova JBS. Uma vez adotada a já referida relação ou proporção entre a participação do capital das duas empresas no capital final da nova JBS, de 60,75% para a JBS e de 39,25% para a Bertin, os acionistas controladores da antiga JBS mantiveram o controle da nova JBS de forma indisputável.

89. Com efeito, a partir da solução encontrada, a nova holding, FB Participações, passou a deter o controle acionário da JBS, com aproximadamente 59,13% do capital, da qual os acionistas majoritários da JBS passaram a deter 51,48%. Em outras palavras, apesar de deterem apenas 30,44% do capital da nova JBS, eles passaram a deter o controle da holding a qual passou a deter o controle da nova empresa.

90. Aparentemente tal solução não prejudicou aos interesses dos demais acionistas minoritários, uma vez que não apresentaram qualquer obstrução ou reclamação formal.

f) Como foram atendidos os interesses do BNDESPar

91. Com relação aos interesses do BNDESPar, seria de todo natural que tentasse preservar o valor do seu investimento. Conforme já relatado, foi possivelmente a ausência de preservação do valor do investimento realizado que aparentemente levou o banco a não concordar com a proposta oferecida pela Marfrig, que exigiria o reconhecimento de uma perda de aproximadamente R\$ 1 bilhão. Mas a preservação

do investimento do BNDES dependeria de como seria determinado o valor das ações da Bertin detidas pelo Banco no momento do negócio.

92. Como já analisado, um valor inferior a R\$ 9,294 bilhões atribuído à Bertin representaria que os 26,92% do seu capital detidos pelo BNDESPar estariam valendo menos que os R\$ 2,5 bilhões que haviam sido aportados na empresa no ano anterior. Assim, uma primeira opção poderia ser a de atribuir esse valor à Bertin no negócio. Apesar de ser bastante conveniente, esse valor não foi encontrado por qualquer avaliação econômica e não foi efetivamente utilizado em qualquer etapa do negócio.

93. Uma segunda opção poderia ser a de utilizar o valor nominal atribuído pela Assembleia Geral da JBS às ações que seriam trocadas pelas ações da Bertin, qual seja, R\$ 11,987 bilhões. Se adotada essa opção, o valor do investimento realizado pelo BNDESPar (26,92% desse valor) estaria valendo R\$ 3,227, ou seja, teria produzido um lucro de R\$ 727 milhões de um ano para outro. E uma vez que aquele valor de R\$ 11,987 bilhões foi registrado no capital social da nova JBS como o valor que estaria sendo aportado por meio da incorporação da Bertin, nada mais natural que o valor de R\$ 3,227 bilhões fosse utilizado pelo banco para registrar o valor pelo qual suas ações teriam sido compradas pela JBS. Contrariando essa expectativa, o **‘resultado da incorporação da Bertin’ à JBS foi registrado nos sistemas do BNDES, com essa denominação, em 29/12/2009, pelo valor de R\$ 2,453 bilhões**

94. Foi aparentemente utilizada uma terceira opção. Tomando-se o capital social registrado da nova JBS, qual seja R\$ 16,483 bilhões, e dividindo esse valor entre as duas empresas dele constituintes, não mais pelo valor aprovado pela AGE, mas agora utilizando a já referida relação ou proporção de participação na composição da nova JBS, utilizada para a troca das ações, de 60,75% para a JBS e 39,25% para a Bertin, pode-se atribuir, então, a essa segunda empresa o valor formal de aproximadamente R\$ 6,469 bilhões e àquela primeira empresa o valor formal de aproximadamente R\$ 10,014 (anexo 6 à instrução transcrita para o relatório que fundamentou o já referido acórdão 3011/2015-Plenário).

95. **A utilização dos valores atribuíveis a cada empresa assim obtidos parece atender plenamente à condição da preservação contábil do valor do investimento do BNDESPar. Antes da incorporação da Bertin, o valor do capital social da JBS equivalia a aproximadamente R\$ 4,495 bilhões, dos quais o BNDESPar detinha individualmente 13%, o que significa dizer que a parcela do capital social da JBS detida pelo BNDESPar equivalia a aproximadamente R\$ 584 milhões. Com a incorporação, o BNDESPar passou a deter 18,5% da nova JBS, equivalente a dizer que a parcela do capital social detida pelo BNDESPar passou a valer aproximadamente R\$ 3,049 bilhões. Ora, se subtrairmos o primeiro valor do segundo teremos: R\$ 3,043 bilhões - R\$ 0,584 bilhões = R\$ 2,465 bilhões. Esse valor representa, sob o aspecto contábil formal, o ganho obtido pelo BNDESPar com a realização do negócio, o qual, coincidentemente compensaria o valor investido na Bertin. De se observar que esse valor é bastante compatível com aquele registrado pelo banco como resultado do negócio, qual seja, R\$ 2,453 bilhões.**

96. Sob o ponto de vista meramente formal e contábil, o valor do investimento do BNDESPar na Bertin teria sido preservado com adoção dessa última opção, e o resultado a partir dela obtido é quase equivalente ao valor do investimento realizado, sem correção monetária ou juros.

97. **É muito importante ressaltar que os valores adotados nessa opção, assim como na primeira e na segunda opções anteriormente analisadas, não detêm relação com qualquer daqueles valores advindos das diversas avaliações que foram feitas para a Bertin, e, também não detêm relação com qualquer avaliação conhecida realizada para a JBS à época.**

98. Essa descrição, que tem a intenção de apenas tornar compreensível o que ocorreu, baseia-se nos números e nas informações disponíveis nos autos. Uma vez que se trata de interpretação das informações disponíveis, a descrição retro elaborada sujeita-se ao contraditório, como, ademais, todo o restante das questões em discussão.

99. De qualquer forma, e como se verá a seguir, tanto os indícios quanto as estimativas dos dois danos encontrados nas duas operações aqui tratadas não se fundamentam nessa descrição.

VIII – Da estimativa do dano provocado ao BNDESPar por irregularidades na análise e aprovação da operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. em 2008

100. Não obstante a coincidência entre os valores encontrados por meio da terceira opção retro descrita e aquele utilizado para registro do resultado da operação pelo BNDESPar, entendo que atribuir esse valor à venda do lote de ações da Bertin detido pelo banco apresenta alguns problemas.

101. Uma primeira consideração a ser feita é que o valor do capital social, ainda que possa em alguns casos, e deva em outros, ser utilizado para registros contábeis, não representa de forma alguma o

valor econômico da empresa e, portanto, não pode ser adotado para tal finalidade. Ademais, o valor do capital social adotado no negócio, conforme já salientado, não guarda relação com qualquer das avaliações de valor econômico realizadas, salvo em termos da relação percentual entre os valores das empresas envolvidas.

102. Uma segunda consideração a ser feita é que, na forma como calculado anteriormente, a operação, se válida a descrição realizada, produz um resultado contábil positivo de aproximadamente R\$ 2,465 bilhões, mas só apresenta esse resultado em razão de misturar ganhos advindos de razões diferentes e os atribuir, somados, a uma única razão. Conforme visto na hipótese agora sob análise, o valor do capital social da JBS, antes da incorporação da Bertin, teria sido elevado de R\$ 4,495 bilhões para R\$ 10,014 bilhões, uma valorização de 123%. Assim, e se utilizado esse número como novo valor do capital social, os 13% detidos pelo BNDESPar na JBS, equivalentes a R\$ 584,35 milhões, teriam passado a valer por si só, sem que sejam consideradas as ações dadas em pagamento pela participação no capital da Bertin, R\$ 1,303 bilhão. Mas essa valorização seria atribuível também às ações daqueles acionistas que não detinham quaisquer ações a Bertin.

103. Ora, se as ações anteriormente detidas passaram a valer, por si só, R\$ 1,303 bilhão, e se o valor do total das ações da JBS detidas pelo BNDESPar após a incorporação da Bertin equivalia a R\$ 3,043 bilhões (conforme já calculado acima), então o acréscimo de valor trazido ao banco pela venda das ações seria exatamente a diferença entre um valor e outro, diferença essa que equivale a R\$ 1,740 bilhões. Se esse foi o valor obtido pelo banco por suas ações da Bertin, **então teria ocorrido uma perda da ordem de R\$ 760 milhões no valor investido na Bertin no ano anterior, e não a preservação do valor investido.**

104. Em verdade, essa forma de calcular eventual dano, operando sobre montantes de capitais sociais registrados, não é adequada. Existe uma outra forma, mais objetiva, de calcular o valor efetivamente atribuído às ações da Bertin na operação sob análise.

105. Tenho defendido, nos demais processos envolvendo aportes de capitais realizados pelo BNDESPar, que a mais objetiva forma de se determinar o valor das ações de uma empresa é o valor das respectivas ações na bolsa de valores em determinado momento ou período. Tal forma é prevista nos regulamentos do referido banco e por ele largamente utilizada em diversas operações, inclusive em operações com a JBS. Assim, se tomarmos a data de anúncio da aquisição como a data da efetivação do negócio - 16/09/2009 (não apenas porque foi esse o momento no qual foram estabelecidas as bases do negócio, mas também porque a partir daí a cotação das ações sofreu influência do próprio anúncio), e se utilizarmos a média dos preços de fechamento dos últimos 60 pregões anteriores a essa data (conforme metodologia preconizada e largamente utilizada pelo BNDESPar), o preço justo da ação da JBS (JBSS3) seria R\$ 7,31. Multiplicando esse valor pelo número de ações da JBS (JBSS3) recebidas pelo BNDESPar por sua participação no capital da Bertin (250,2 milhões de ações), obteríamos o valor de aproximadamente R\$ 1,83 bilhão.

106. Além de sua objetividade, aderência à parâmetros empíricos e adequação metodológica, a utilização dessa forma de atribuição de valor encontra respaldo em outra informação importante presente nos autos.

107. Se considerarmos que 26,92% da Bertin detidos pelo BNDESPar valiam R\$ 1,83 bilhão a preços de mercado, então os 73,08% detidos pelos controladores da Bertin valeriam **R\$ 4,968 bilhões** a preços também de mercado. Ocorre que as informações encaminhadas a este Tribunal pela Receita Federal do Brasil a respeito dessa operação, em atendimento a solicitação da unidade técnica, indicam que as ações da JBS recebidas pelos antigos controladores da Bertin foram incorporadas ao Fundo Bertin FIP e ao patrimônio da holding FB Participações pelo valor aproximado de **R\$ 4,9 bilhões** (§ 254 da instrução e sentença judicial integrante da peça 650 destes autos). Os dois resultados são suficientemente próximos para que sejam considerados correlacionáveis, o que faz razoável a assunção de que tenham sido obtidos possivelmente a partir de mesmo parâmetro. E se tal parâmetro foi aceito pelas duas empresas na atribuição e no registro do valor de lote de ações no Fundo Bertin FIP, então, também por esse raciocínio, torna-se razoável utilizá-lo na estimativa que pretendemos fazer.

108. Adotando-se o critério do valor de mercado, e o método da média dos últimos 60 pregões anteriores ao fechamento do negócio, a operação de aporte de capital do BNDESPar na Bertin teria produzido para o Banco um prejuízo da ordem de R\$ 670 milhões (R\$ 2,5 bilhões – R\$ 1,83 bilhão).

109. Esse valor deverá ser imputado àqueles responsáveis listados na Seção VI, retro, em razão das condutas e razões descritas na Seção V e VI, retro.

110. As transferências de valores do BNDESPar para a Bertin, em razão da operação de aporte de capital sob análise, foram realizadas em quatro parcelas, nos valores de R\$ 1 bilhão, R\$ 600 milhões, R\$ 300 milhões, e ~ R\$ 700 milhões, em 29/04, 17/09, 29/09 e 23/12/2008, respectivamente. Como é da tradição deste Tribunal, em casos como esse, nos quais ocorreram transferências de recursos em diversas datas, a imputação de eventual débito é sempre realizada na data mais recente, por ser a forma mais favorável ao devedor, em razão da necessária incidência de correção monetária e de juros de mora. Assim, e **como o valor estimado para o dano, R\$ 670 milhões, é inferior ao da última parcela, todo o montante do dano será a ela referido, o que resulta em estabelecer como data de origem do dano, portanto, 23/12/2008.**” (grifos acrescidos)

123. Assim, explicitada a origem do débito, realizaram-se as citações determinadas no subitem 9.4 do Acórdão 2154/2018 – TCU – Plenário, relativas a esse montante, e nos termos ali consignados, *“consistente na perda de valor observado no investimento realizado na empresa Bertin S.A., modalidade renda variável, por meio da aquisição de ações da referida empresa, no valor original total aproximado de R\$ 2,5 bilhões (dois bilhões e quinhentos milhões de reais)”*, cujas alegações de defesa receberam as análises reproduzidas no relatório precedente.

124. Foram arrolados como responsáveis solidários os Srs. Eduardo Rath Fingerl, José Claudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Bruno Lintz dos Santos, Fabio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Fernando Americo de Rezende Neto, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, Rafael Petrocelli e Renato Francisco Martins por terem analisado e proposto a aprovação da operação de apoio financeiro à Bertin S.A., na modalidade renda variável, no valor de até R\$ 2,5 bilhões, por meio da elaboração do Relatório de Análise AMC/DEIMV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 que continha as falhas e irregularidades descritas na Seção V do voto que fundamentou o acórdão, e, com isso, dado causa ao referido dano ao patrimônio do BNDES.

125. As falhas apontadas em tal relatório consistiram na elaboração em tempo exíguo, 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, com falta de zelo com os recursos públicos, demonstrada na ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos, já que o Plano de Negócios apresentado para respaldar a operação não indicava onde efetivamente os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto e o objeto social da BNDESPar, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, como outros dispositivos ali mencionados.

126. Não continha, ainda, um levantamento apropriado do endividamento da recém-criada Bertin S.A., e sem a inclusão de *due diligences* para a confirmação das informações prestadas principalmente com relação ao elevado endividamento da empresa, bem como em relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (covenants), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA.

127. Reputou-se que o relatório propôs a realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira - conforme se poderia constatar por meio de análise dos demonstrativos financeiros da companhia, procedimento esse necessário quando se trata de aquisição de participação acionária em outras empresas –, que redundou em operação financeira de elevado risco, o que constituía gestão temerária dos recursos da BNDESPar.

128. E, por fim, ainda como causa do débito, que, embora a empresa Bertin, por ocasião da participação societária promovida pelo BNDES, já tivesse ultrapassado o limite máximo de exposição à referida companhia em pelo menos R\$ 207.069.710,00, expôs o BNDES a desnecessário risco financeiro ao propor a realização da operação.

129. Na cadeia de responsabilização foram arrolados ainda os diretores Luciano Galvão Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira e Jorge Kalache Filho, diretores executivos da instituição financeira,

por terem aprovado, por meio da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008, a operação de apoio financeiro a Bertin S.A., na modalidade de renda variável, no valor de até R\$ 2,5 bilhões, com base no Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008, que apresentava as falhas e irregularidades descritas, sem proceder à devida análise crítica, e, com isso, dado causa ao referido dano ao patrimônio do BNDES.

130. Também a empresa JBS S.A. foi arrolada como responsável solidária pelo débito, como sucessora da empresa Bertin S.A., em todos os direitos e obrigações, visto que a Bertin S.A. foi favorecida pelas condutas irregulares descritas e beneficiária do valor pago a maior por suas ações pela BNDESPar.

131. Em suas defesas os responsáveis sustentam a inexistência de dano, bem como que, ainda que houvesse algum prejuízo nas operações aqui tratadas, especialmente naquela realização de aporte inicial na Bertin, este estaria situado no escopo dos riscos e incertezas inerentes a decisões empresariais não cabendo qualquer responsabilização em função da regra do *business judgment rule*.

132. Em síntese, refutam a metodologia empregada no voto condutor do acórdão, ressaltando, ademais, que o Acórdão 2154/2018 – TCU – Plenário encarou a operação como se a BNDESPar tivesse realizado uma simples troca do lote que possuía de ações da Bertin S.A. por ações de mercado da JBS, sem que houvesse qualquer alteração nas estruturas patrimoniais, operacionais, mercadológicas e econômicas das duas empresas, como se continuassem a operar separadamente, sem considerar as sinergias. Afirmam que, ao revés, foram entregues ações de uma nova companhia resultante da fusão das empresas, que após sua realização experimentou uma rápida valorização no mercado acionário.

133. Também que se considerou equivocadamente a data da publicação do fato relevante sobre a operação para fins de apuração das médias de cotações empregadas, quando as ações somente foram recebidas em 31/12/2009, ocasião em que as ações recebidas já refletiam os preços em que negociadas em bolsa segundo a avaliação dos investidores sobre essa nova empresa resultante da incorporação.

134. Aduzem que mesmo que fosse possível calcular um valor de dano partindo da metodologia apresentada no voto deste Relator, estaria ela eivada de equívoco lógico relevante ao tentar calcular um suposto sobrepreço imediatamente ocorrido em *valuation* de abril de 2008 por meio de avaliação de ações um ano e meio após tal *valuation*. Esse cálculo, na hipótese ventilada por este Relator, deveria ser realizado, pelo menos, considerando o dia do ato jurídico de incorporação, ou, ainda, o dia da efetiva aprovação da aquisição da Bertin, e não com base em uma média não condizente com o valor efetivamente recebido pelo BNDES ou com os atos jurídicos que formalizaram o negócio (o qual ainda não havia sido fechado em 16 de setembro de 2009).

135. Como a média das cotações em datas posteriores foi mais elevada, conforme indicado nas defesas, o dano apurado seria inexistente, ou, na pior das hipóteses, muito inferior ao apontado.

136. Ainda especificamente sobre o cálculo do prejuízo, questionam o fato de haver-se utilizado o valor de troca das ações da Bertin por ações da JBS ao final de 2009 como parâmetro de cálculo, e que o método adotado seria contraditório com os próprios termos indicados no Acórdão, na medida em que o Voto destacou que a análise realizada nesta TCE não estava pautada no conceito lucro/prejuízo, mas na avaliação realizada à época dos investimentos, não fazendo sentido que o cálculo do valor do suposto dano fosse elaborado com base em informações voláteis de mercado, datadas de, pelo menos, um ano e meio depois, se o dano é imputado a responsáveis pela elaboração de relatório de análise à época da operação inicial em 2008.

137. Outro argumento de defesa apresentado foi de que, se em determinado momento se constata que o preço das ações de determinada empresa caiu desde sua aquisição, resultando em perda de valor econômico, não se pode dizer que os responsáveis pela decisão de adquirir essas mesmas ações deram causa a esse prejuízo simplesmente porque o mercado de capitais é dinâmico e sujeito a influências diversas, que certamente levarão a novas oscilações, para cima ou para baixo, do valor dessas mesmas ações no tempo. Indagam, a propósito, como seria calculado o dano se não tivesse havido a incorporação.

138. Ademais, apontam que durante tal intervalo de um ano e meio entre a operação de aporte inicial e a posterior incorporação por outra empresa ocorreu a crise financeira de 2008, a qual afetou diretamente o agronegócio, bem como o preço das ações da Bertin e da JBS, de modo que o cálculo efetuado com a utilização das cotações nessas datas não refletiria as irregularidades imputadas na origem da operação.

139. E, caso se considere que a Bertin detinha valor inferior àquele calculado pelo BNDES em seu *valuation* – o que ocorreu no início de 2008 – e que tal equívoco teria sido responsável por “dano imediato ao patrimônio do BNDES”, por lógica, este dano deveria ser quantificado por este suposto sobrepreço, ou seja, com base no valor pago a maior, ainda em 2008.

140. Asseveram também que não seria possível a quantificação de dano, que é o requisito principal para a conversão do processo em tomada de contas especial, porque ganhos ou perdas com ações somente são realizados no momento da venda, e, no caso, as ações recebidas pela BNDESPar não foram vendidas, não se realizando o aludido desinvestimento apontado por este Relator.

141. Ofereceram, ainda, argumentos no sentido das perspectivas de rentabilidade do investimento realizado, além de defenderem o método do fluxo de caixa descontado utilizado como parâmetro na operação inicial, além de outros argumentos acerca da incerteza do débito apontado pelo Tribunal, refutando, em diversos pontos, a metodologia de cálculo empregada por este Relator, no voto que conduziu o feito à conversão nesta TCE.

142. Também há defesa no sentido de que não restaria nexo de causalidade entre os apontamentos realizados e o dano calculado na metodologia empregada por este Relator, pois a decisão de investir é uma, e a decisão de incorporar - ou, ao menos, no caso da BNDESPar, de aceitar os parâmetros da incorporação definidos pela Bertin S.A. e pela JBS -, é outra, de maneira que para fins de eventual responsabilização, são condutas que não se relacionam, sendo que a primeira delas, a decisão de investir na Bertin S.A., não tem nexo direto, imediato e necessário com o suposto dano que teria sido o resultado do processo de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., pela perda de valor do investimento.

143. Destaco, ainda, os seguintes argumentos de defesa apresentados (e.g. à peça 897):

- a SecexEstataisRJ, em cumprimento a determinação contida no item 9.6.5 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário concluiu que a troca das ações da Bertin S.A. pelas da JBS S.A. resultou em um lucro de R\$ 57 milhões à BNDESPar, o que seria suficiente para, na linha das defesas protocoladas em julho de 2019, demonstrar o acerto e a correção técnica da conduta dos técnicos e profissionais da BNDESPar nessa operação de incorporação;

- a tese da operação danosa não pertencia ao corpo técnico da SecexEstataisRJ, pois o Diretor, conforme consignado no voto condutor daquele acórdão, defendeu que o dano eventualmente provocado teria deixado de existir quando da fusão da aquisição e incorporação da Bertin S.A., de maneira que para os auditores deste Tribunal, representados pelo Diretor da SecexEstataisRJ, a operação de investimento da Bertin não trouxe, ao fim e ao cabo, dano ao erário;

- o critério concebido por este Tribunal por ocasião do acórdão é um critério feito *ad hoc*, e *ex post facto*, que nada tem a ver com as circunstâncias concretas e reais do investimento realizado na Bertin S.A.;

- a metodologia adotada pelo TCU está errada na medida em que contraria as práticas de mercado para operações de investimento de longo prazo, sendo relevante ainda considerar que segundo regulação da CVM a participação da BNDESPar na assembleia definidora do preço das ações para fins de valoração econômica das empresas e definição da relação de troca não poderia nem ao menos ocorrer em virtude de conflito de interesses, já que era minoritária em ambas as empresas;

- este Tribunal escolheu para o período de sua análise o momento anterior ao da incorporação da Bertin S.A. desprezando as avaliações independentes realizadas no contexto da operação, bem como os registros contabilizados e auditados;

- sob o ponto de vista econômico e do próprio mercado a BNDESPar viu já de início a sua participação na JBS e na Bertin experimentar uma valorização de R\$ 1,26 bilhão logo após o anúncio,

de modo que o mercado chancelou o negócio;

- o dano ao erário não passa de um exercício a partir de cenário hipotético e de uma narrativa sem contato com a realidade efetiva adotada com base em critério frágil;

- a precificação do negócio passou por diversos comitês e cumpriu ao disposto no art. 226 e no § 1º do art. 252 da Lei 6.404/1976, havendo a publicação de protocolo e justificação da incorporação das ações com apuração de valor econômico por empresa especializada, de sorte a atribuir o valor de troca adequado, que, no entanto, foram ignorados na metodologia de cálculo empregada;

- a BNDESPar, apesar dos contatos mantidos com os controladores da Bertin S.A., e também da JBS, não interveio em nenhuma das fases dos entendimentos travados entre as duas empresas, não participou nem da negociação nem da decisão sobre a relação de troca, nem mesmo da avaliação dos ativos, e a razão para isso foi a circunstância de estar conflitada por possuir participações em ambas as empresas;

- a cotação em bolsa não foi a base utilizada para troca das ações pelos controladores e mesmo a média das cotações passadas das ações da JBS negociadas antes da incorporação de Bertin foi apurada quando investidores de mercado ainda não tinham informação sobre a futura operação de incorporação e não poderia refletir as novas perspectivas econômicas da nova JBS então formada;

- a incorporação da Bertin não estava refletida nas cotações passadas e é preciso compreender que cabe aos controladores das empresas avaliar os ativos existentes bem como as expectativas de retorno dos investimentos que seriam realizados, e qualquer decisão negocial e de investimento se fazia necessariamente com visão de futuro;

- a tese preliminar de débito somente se sustenta mediante o emprego de premissas outras que não as analisadas pela BNDESPar e pelos *players* do mercado financeiro internacional atuantes no processo de M&A² no seu trabalho de análise, o que conduziu a um resultado inexistente de dano na operação;

- ainda que se pudesse falar em dano com base no preço justo concebido *ex post facto* de R\$ 7,31/ação, ele não poderia ser imputado aos técnicos/dirigentes da BNDESPar envolvidos na operação de investimento na Bertin S.A., por ausência de nexo causal, haja vista que a incorporação com a relação de troca e preço definidos não foi a causa direta e imediata do dano que se deseja imputar, pois a decisão de investir não tem relação com a operação de incorporação (o dano, caso havido, teria sido no momento do aporte inicial na Bertin S.A. e não decorrente da operação de incorporação pela JBS S.A.);

- o próprio despacho deste Relator nos autos, havido em 23/9/2020, aponta com propriedade a heterogeneidade entre a operação de investimento com a de incorporação, mostrando que uma não se confunde com a outra e por isso não poderia haver possibilidade de compensação de ganhos e perdas entre elas;

- a análise realizada por este Tribunal por ocasião do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário ignorou a existência de uma crise sistêmica a partir do segundo semestre de 2008, com radical e rápida deterioração do ambiente econômico mundial, fator esse que interferiu no ambiente de negócios das empresas envolvidas, e sob esse cenário é que foram tomadas decisões empresariais.

144. Diversos outros argumentos foram apresentados pelos responsáveis, e foram sintetizados no relatório precedente, sendo desnecessário sua reprodução.

V.1 – Conclusões e proposições da SecexFinanças

145. A SecexFinanças, conquanto tivesse refutado várias das alegações trazidas pelos responsáveis, concluiu sua análise entendendo pelo afastamento do dano imputado.

146. De início, pontuou a instrução reproduzida no relatório precedente que unidade técnica e

² “Mergers and Acquisitions” expressão utilizada no mundo dos negócios para o processo de fusões e aquisições.

relator concordaram, preteritamente, quanto à inexistência de débito nestes autos na operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., embora houvesse indícios de prejuízos aos demais sócios minoritários nessa operação, ao passo que também concordaram que houve prejuízo para a BNDESPAR na primeira operação de aporte na Bertin com o recebimento de número menor de ações do que lhe seria devido em função da sobreavaliação dessa empresa.

147. Àquela época, todavia, o posicionamento final da unidade técnica foi no sentido de que o resultado observado na incorporação da empresa pela JBS S.A. havia eliminado o prejuízo havido no aporte inicial.

148. Ressaltou a instrução, todavia, que esse posicionamento não prevaleceu, haja vista a divergência manifestada no voto condutor do acórdão de origem, do qual decorreram as citações. Em que pese isso, em sua visão, resta afastado o dano apontado nos autos, conforme as seguintes ponderações por último consignadas no mérito pela instrução daquela unidade:

“933. No caso em análise, houve aquisição de percentual de participação na Bertin S.A. com base em *valuation* elaborado com premissas equivocadas, conforme se concluiu. Porém, não se possui outra avaliação que se julgue adequada, tampouco foi possível refazer o *valuation*, de modo a se chegar a valor exato, ou que se possa atribuir com razoável certeza à empresa naquele momento. Com isso, não foi possível quantificar o dano no momento da primeira operação.

934. A metodologia adotada pelo Ministro Relator, como já exposto, adota, então, como referência, o valor das ações da JBS recebidas pela BNDESPAR em troca de suas ações da Bertin, ou seja, em troca dessa participação na empresa. Adequadamente, considera o valor médio da cotação dessas ações antes do anúncio da incorporação, de modo a não incorporar o efeito desse anúncio, pelo qual o mercado passou a carrear ao preço possíveis ganhos de desempenho advindos da combinação dos negócios das duas empresas.

935. Considerar o preço das ações após a incorporação, como alguns responsáveis defendem, distanciaria ainda mais tais resultados do momento da ocorrência do dano, qual seja, o aporte inicial. Ocorre que mesmo as sessenta cotações anteriores ao mencionado anúncio já sofriam impactos outros, que não mais diziam respeito ao valor da empresa antes do aporte. Na verdade, a dificuldade de correlação é ainda maior, pois não se trata de ações da mesma empresa, a Bertin, mas de outra, a JBS. E se tratava de ações cotadas em momento posterior (julho a setembro de 2009), em que o mercado ainda sofria os impactos da crise de 2008.

936. Outro problema é que há dúvidas sobre a própria quantidade de ações da JBS que deveriam ser recebidas pela BNDESPAR. Como também se questionam os valores atribuídos a Bertin e JBS na incorporação, não há confiança na correção da relação de troca de ações utilizada e, por consequência, da quantidade de ações transferidas à BNDESPAR.

937. Assim, há que se acatar os argumentos no sentido de que o dano teria de ser apurado no momento do aporte, o que leva ao afastamento do débito imputado aos responsáveis. Há suficientes indícios de que a Bertin S.A. foi sobreavaliada, porém não há razoável certeza sobre qual seria o seu valor de mercado naquele momento, impossibilitando, até mesmo, o cálculo do dano por estimativa.

938. A Bertin S.A. havia sido criada há poucos meses, a partir da segregação de atividades da Bertin Ltda. Se mesmo os demonstrativos desta empresa já não eram de todo confiáveis, especialmente por se tratar de empresa familiar de capital fechado, com problemas de governança, ainda mais desconfiança havia para a Bertin S.A., recém-criada, que sequer tinha escrituração contábil pretérita. Conforme análise apresentada no item 3.3. da instrução, os demonstrativos pró-forma preparados apresentam dados incoerentes, carecendo de confiabilidade.

939. Assim, a produção de nova avaliação econômica, ou mesmo a promoção de ajustes na avaliação feita pela BNDESPAR, que já seriam tarefas bastante complexas, mostram-se inviáveis nesse momento. A respeito dessa complexidade, pode-se mencionar a doutrina de Alexandre Assaf Neto (*Valuation*, 2014, p. 221-222), que aponta várias dificuldades para a avaliação de empresas de capital fechado, as quais vão além das aqui apontadas”.

V.2 – Pronunciamento do Ministério Público/TCU

149. O Ministério Público/TCU, aqui representado pela Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, também se posicionou pelo afastamento do dano imputado aos responsáveis, embora

fazendo o registro de sua concordância parcial com o entendimento consignado pela unidade instrutiva.

150. Entende que os critérios adotados para a estimativa que amparou as citações não são adequados e tampouco se mostra possível efetuar, neste momento, outra estimativa. Todavia a divergência consiste na própria afirmação de que algum dano houve, porém não quantificável a este momento, pois a seu ver não é possível avançar com segurança para além dos indícios.

151. Merecem relevo as seguintes considerações lançadas no parecer:

“127. Inicialmente, quanto à estimativa do dano em R\$ 670 milhões que baseou as citações, além das razões acolhidas pela unidade técnica para refutá-la, com as quais concordamos, acrescentamos a alegação de alguns responsáveis de que as ações da JBS recebidas pelo BNDESPar em razão do investimento na Bertin permanecem em posse do banco estatal e sofreram valorização.

128. Só se poderia afirmar que houve efetivo prejuízo pela perda de valor do investimento do BNDESPar na Bertin avaliado com base em cotações em bolsa das ações da JBS recebidas em troca das ações da Bertin, se: no momento ao qual se refere a avaliação, as ações recebidas da JBS houvessem sido liquidadas, realizando-se o suposto prejuízo; ou, caso se concluísse que o BNDESPar poderia ter obtido quantidade de ações da JBS superior à que foi recebida pelo investimento na Bertin – ou ter desembolsado valor menor pela mesma quantidade de ações.

129. As informações disponíveis indicam que o investimento não foi liquidado – pelo menos não naquela ocasião. As ações da JBS recebidas pelo BNDESPar em troca das ações da Bertin aparentemente permaneceram na carteira da estatal. Não houve, portanto, realização de prejuízo, de acordo com as informações disponíveis.

130. Essa conclusão se baseia na Nota Técnica AMC/DEGEA1 011/2022 (peça 1566), do BNDES, encaminhada a este gabinete em 13/9/2022, como complemento a memoriais de responsáveis representados por advogados do próprio banco.

131. A referida nota técnica estimou o retorno financeiro do investimento do BNDESPar na Bertin, considerando: os aportes que somaram quase R\$ 2,5 bi para a aquisição de 7.709.408 ações daquela empresa; a superveniente substituição por 250.210.483 ações da JBS em decorrência da aludida operação de incorporação da Bertin; os proventos auferidos pelo BNDESPar em razão dessas ações; e a cotação da ação da JBS em 31/8/2022.

132. Como a referida nota técnica esclarece, essa estimativa baseou-se em algumas premissas e simplificações, como, por exemplo, a de que as 250.210.483 ações da JBS recebidas pela incorporação da Bertin permaneceram na carteira do BNDESPar até data de referência da análise (31/8/2022), premissa essa que não se mostra descabida, tendo em vista que ao menos até 19/8/2022 o BNDESPar possuía 461.661.101 ações da JBS.

133. Segundo a aludida nota técnica, as 250.210.483 ações da JBS estavam avaliadas em aproximadamente R\$ 7,4 bilhões, segundo a cotação da ação de 31/8/2022, sendo que o BNDESPar já teria recebido cerca de R\$ 1,35 bilhões na forma de dividendos, perfazendo o valor total aproximado de R\$ 8,75 bilhões. Considerando o investimento inicial de R\$ 2,5 bilhões na Bertin, o resultado acumulado proporcionado por esse investimento teria sido, até 31/8/2022, positivo em R\$ 6,25 bilhões (TIR de 9,59%), sem considerar tributos e custos de transação.

134. Importante observar que o valor aproximado de R\$ 2,5 bilhões atualizado pelo IPCA (por meio do sistema Débito), desde as datas dos aportes na Bertin até 31/8/2022, perfaz cerca de R\$ 5,67 bilhões, valor inferior aos R\$ 8,75 bilhões alcançados pelo investimento do BNDESPar na Bertin combinado com sua incorporação pela JBS.

135. Nesse ponto, releva destacar a percepção do ministro relator (peça 688) de que não se poderia concluir automaticamente pela possibilidade de compensação entre ganhos e prejuízos nas duas operações (aquisição de participação acionária da Bertin e sua incorporação pela JBS), por terem ocorrido em momentos distintos, com finalidades diferentes e não envolverem os mesmos agentes do BNDES.

136. A nosso ver, não se trata da compensação de ganhos e prejuízos de operações distintas, mas da apuração do resultado de um único investimento. No que se refere às ações da JBS recebidas pelo BNDESPar em troca das ações da Bertin, o investimento foi um só: o aporte de aproximadamente R\$ 2,5 bilhões na Bertin.

137. Investimento distinto, e que deve ser considerado separadamente, é o valor aportado pelo

BNDESPar diretamente na JBS para apoiar a incorporação da Bertin, o qual se reverteu em outra quantidade de ações da JBS, que, em tese, proporcionaram outros ganhos. Ainda que haja nexo causal entre essa operação e a aquisição da participação acionária da Bertin (uma teria sido realizada para ‘salvar’ o valor investido na outra), trata-se de investimentos diferentes, com resultados distintos. Ocorre que o apoio à incorporação não resultou débito objeto de citação na presente tomada de contas especial, razão pela qual a mencionada Nota Técnica AMC/DEGEA1 011/2022 apurou exclusivamente o resultado da operação de aporte na Bertin.

138. Ainda sobre esse ponto, não se mostra relevante o fato de não terem sido os mesmos agentes responsáveis pela operação de aporte inicial na Bertin e pela operação de incorporação. Tal circunstância em nada afeta a existência ou não de prejuízo ao BNDESPar, que é fato objetivo. Se o resultado final do investimento foi positivo, ainda que em razão da troca de ações da Bertin por ações da JBS conduzida por outros agentes, prejuízo não houve.

139. Assim, a decisão de investir na Bertin em tese não causou prejuízo ao BNDES, quando comparada com a decisão de não investir, adotando-se a premissa plausível de que as ações da JBS provenientes desse investimento não foram até o momento liquidadas.

140. Isso não significa que não tenha ocorrido prejuízo ao BNDESPar ou débito imputável aos responsáveis. É possível, como apontou a unidade técnica, que o prejuízo seja caracterizado caso se conclua que a operação deveria ter sido realizada em outros termos, com o recebimento pelo BNDESPar de quantidade superior de ações da Bertin – e, consequentemente, da JBS – em razão do aporte de R\$ 2,5 bilhões ou o recebimento da mesma quantidade de ações como contrapartida a aporte financeiro em menor valor.

141. Como bem observou a unidade técnica, eventual superestimativa do investimento no momento do aporte pode ter causado prejuízo ao BNDESPar ainda que o resultado final tenha sido positivo, visto que, nesse caso, tal resultado poderia ter sido ainda mais positivo. Assim, é possível cogitar que o BNDESPar poderia/deveria ter efetuado aporte inferior aos R\$ 2,5 bilhões pela mesma participação acionária na Bertin ou recebido quantidade maior de ações pelo referido aporte.

142. Contudo, não é possível avançar além das suposições. A avaliação de empresa não é objetiva como a comparação de preços de bens, serviços ou obras com referenciais de mercado. Há razoável dose de subjetividade em alguns dos inputs da avaliação, os quais repercutem no resultado – inclusive no método do fluxo de caixa descontado, que requer projeções para o futuro. Nesse sentido:

Valuation is neither the science that some of its proponents make it out to be nor the objective search for true value that idealists would like it to become. The models that we use in valuation may be quantitative, but the inputs leave plenty of room for subjective judgments. Thus, the final value that we obtain from these models is colored by the bias that we bring into the process. In fact, in many valuations, the price gets set first and the valuation follows.

(Damodaran, Aswath. Investment Valuation. Tools and Techniques for Determining the Value of any Asset. 3ª Ed. 2012)

143. Posto isso, somente se poderia afirmar com segurança que houve dano ao BNDESPar, para fins de imputação de débito a responsáveis, se o *valuation* fosse refeito e a discrepância apurada decorresse da adoção de premissas objetivamente equivocadas.

144. Contudo, a unidade técnica chegou à conclusão de que a Bertin foi sobreavaliada com base na premissa de que não haveria como a empresa obter recursos para viabilizar os investimentos previstos no plano de negócios – suposição essa que, como será visto adiante neste parecer, apesar de plausível, carece de certeza, tendo em vista as limitações da análise da unidade técnica sobre situação financeira da Bertin e a dificuldade de se excluírem os efeitos da crise de 2008 sobre a perspectiva da empresa de captar recursos.

145. Também não é possível afirmar que a incorporação da Bertin pela JBS teria ocorrido mediante atribuição de relação de troca mais vantajosa para o BNDESPar, se não tivesse ocorrido a deterioração da situação financeira da referida empresa. Talvez a transação simplesmente não tivesse ocorrido, pois, sob outras condições, os sócios da JBS poderiam considerar que a operação não seria atrativa.

146. Dessa forma, só é possível comparar a decisão de investir na Bertin com a decisão de não ter realizado o investimento, o que, como visto, não aponta para a ocorrência de dano ao BNDESPar, tendo em vista a valorização superveniente das ações da JBS recebidas pelo investimento na Bertin, associada aos dividendos auferidos.”

V.3 – Exame deste Relator

152. Apresentada a matéria para fins de julgamento, e revendo o posicionamento antes adotado por ocasião do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, registro que acompanho o pronunciamento da unidade instrutiva, e parcialmente o exame do Ministério Público, entendendo, assim, afastada a imputação do débito, notadamente, em face das razões a seguir apresentadas.

153. Necessário reconhecer que a metodologia por mim defendida naquele acórdão levou em consideração o valor da média das cotações de outra empresa, a JBS S.A., nos últimos sessenta pregões anteriores ao anúncio efetuado ao mercado acerca das tratativas para a incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A. (16/9/2009) e que essas cotações sofriam impactos outros posteriores ao momento do aporte realizado na Bertin em 2008, notadamente, o impacto da crise financeira decorrente da crise do *subprime* cujo ápice ocorreu com a quebra do banco Lehman Brothers, que afetou significativamente o mercado de capitais e o preço das ações negociadas em bolsa, diante de uma maior percepção de risco.

154. De fato, merece acolhimento o argumento de defesa segundo o qual o dano teria de ser apurado no momento do aporte na Bertin S.A., medida essa que somente seria possível de ser realizada mediante adequada realização de *valuation* que dissesse qual seria, naquele momento, o Valor Presente Líquido da empresa, considerando todo seu grande endividamento e os impactos de outros fatores nesse cálculo, com o apontamento das premissas equivocadas utilizadas nessa avaliação, e havidas com culpa ou dolo, uma vez que, naquele momento, o do aporte, não se reuniam as condições de avaliar a mercado a empresa, haja vista não ser listada e negociada em bolsa, pois era empresa de capital fechado.

155. Em vez disso, o caminho trilhado para o apontamento do dano consistiu, conforme a parte dispositiva do acórdão, na possível perda de valor observado no investimento realizado na empresa Bertin S.A., deixando-se de apurar o dano decorrente de uma eventual aquisição de participação acionária com base em *valuation* superestimado na operação inicial, dadas as condições da empresa pleiteante, o que talvez fosse o caminho mais adequado a ser adotado, apontando-se as devidas irregularidades relativas aos parâmetros adotados nessa precificação, sejam eles super ou subdimensionados. Esse exame conduziria à conclusão de que houve aporte em montante possivelmente superior ao necessário para a obtenção do mesmo montante de ações recebidas ou seria exigível maior participação na empresa apoiada.

156. Com efeito, já por ocasião da deliberação originária aponte que os elementos constantes dos autos continham fortes indícios de que a análise realizada pela BNDESPar sobre a operação de aporte de capital na Bertin S.A. apresentou um grande número de falhas, e que essas falhas, especialmente o efeito combinado das mesmas, resultaram em uma avaliação da Bertin não condizente com a realidade da empresa naquele momento, o que culminou em uma superestimativa do valor da empresa, de maneira que se a Bertin detinha um valor de mercado inferior àquele calculado pelo BNDES em seu *valuation*, a recomendação de aprovação da operação nos termos em que realizada e a posterior aprovação da operação pela diretoria representariam dano imediato ao patrimônio do BNDES.

157. Também ressaltei que a avaliação no sentido de que foi pago um valor excessivo era mais provável que a avaliação alternativa, no sentido de que a operação não preenchia as condições para ser aprovada, com destaque para o possível fato de que as condições econômico-financeiras da empresa e a forma superficial e genérica como a operação foi analisada revelavam indícios de que se tratava de uma operação de salvamento, e não de uma operação de aporte de capital em uma empresa sadia, pronta para crescer por meio de investimentos em aquisições e expansões e em plantas existentes.

158. Logo é razoável concluir que dano possivelmente houve já por ocasião do aporte, porém não foi quantificado para fins de imputação aos responsáveis pela operação, e também não foram encontrados elementos para sua estimativa com razoável segurança de que não excederia o real valor devido, nos termos do art. 210, § 1º, inciso II, do Regimento Interno/TCU.

159. Pelos dados e informações examinadas nos autos, é possível deduzir que já por ocasião daquele aporte inicial a situação da empresa não era boa, e que muito provavelmente já valia menos que o avaliado pela BNDESPar para fins de aporte de capital. Se já por ocasião do aporte pagou-se um preço excessivo, é possível crer que o prejuízo econômico já no dia seguinte estaria consumado.

160. Imagine-se, por exemplo, que imediatamente fosse feito um novo *valuation* da empresa para fins de alienação, considerando adequadamente toda a real situação da empresa, incluindo seu endividamento.

161. Nesse caso, evidentemente, já haveria perda do valor investido, nesse momento, pois o cálculo de valor da empresa possivelmente seria menor que aquele antes apontado na pré-operação, e ao qual seria somado ao capital investido.

162. Desdobramentos posteriores, em razão de fatores endógenos, como a operação da empresa e sua lucratividade após a injeção de capital e aquisições realizadas, ou exógenos, como a influência da crise de 2008 sobre crédito, consumo, riscos dos negócios, que afetariam a geração de valor, constituiriam fatores cujos resultados econômicos teriam o condão apenas de minorar ou agravar o prejuízo inicial decorrente de uma superavaliação inicial de Bertin, sem, contudo, influenciar na atribuição do débito imputável.

163. A propósito, durante negociações realizadas com a Marfrig, o Itaú BBA já havida procedido, em agosto de 2009, a uma avaliação do valor econômico da Bertin obtendo um valor estimado em aproximadamente R\$ 5,537 bilhões já incluindo nessa avaliação o aporte de R\$ 2,5 bilhões realizados pela BNDESPar durante o exercício anterior, o que já evidenciaria, em momento pretérito à operação de incorporação da Bertin pela JBS, uma perda de R\$ 1,01 bilhão no valor do investimento realizado no exercício anterior. Penso que parte desse valor pode se dever à deterioração das condições da empresa, incluindo influências externas como a crise do *subprime* havida logo depois da operação, da perda de confiança, dos problemas relativos ao mercado, crédito e consumo, e parte decorrente do fato de que a empresa já valia menos do que o precificado na ocasião da aprovação da operação no início de 2008.

164. Assim sendo, a perda do valor do investimento, ventilada no acórdão de origem, comportaria duas componentes: uma, relacionada ao sobrepreço, e outra, relacionada à deterioração econômica da empresa no período seguinte à aprovação da operação. A primeira é a que de fato pode ser seguramente imputada como débito, na origem, pois indene de outras influências e de variáveis com pouca possibilidade de isolamento por este Tribunal, para fins de aferição do valor encontrado em 2009, pela metodologia dantes apresentada. Nisso, portanto, assiste razão à análise empreendida pela SecexFinanças.

165. Quanto ao raciocínio empreendido pelo *Parquet* especializado, segundo o qual numa primeira hipótese seria possível afirmar que houve prejuízo pela perda de valor do investimento da BNDESPar na Bertin somente se no momento ao qual se refere a avaliação as ações recebidas da JBS houvessem sido liquidadas, realizando-se o suposto prejuízo, a meu ver, comporta equívocos.

166. Isso porque se uma empresa na qual são aportados recursos em troca de participação no capital tem, após esse aporte, situação de declínio das condições econômico-financeiras, como a elevação do endividamento, a piora nos resultados econômicos, financeiros e operacionais, essa empresa passa a valer menos, de maneira que, por ocasião de sua avaliação para fins de incorporação a outra, essa avaliação resulta também em menor quantidade de ações a que teriam direito os acionistas da incorporada, caso essa empresa estivesse em melhores condições econômicas, haja vista que sobre ela é feita específica avaliação para fins dessa incorporação.

167. A esse momento, portanto, da incorporação, realiza-se uma espécie de “alienação”, consistente na troca das ações, com valoração de ambos os ativos para o estabelecimento da relação de troca entre eles.

168. Nessa hipótese, portanto, ainda que não tivesse havido a liquidação ou a venda da participação acionária, de sorte a sair definitivamente do negócio, mas tão-somente sua transformação em outro ativo, ou seja, na participação acionária em outra empresa, o prejuízo restaria configurado ou

agravado justamente em razão de uma menor quantidade de ações a que teria direito o investidor BNDES nesse outro ativo.

169. O mesmo raciocínio vale para o caso de, no momento inicial de aporte em Bertin, ter sido investido recursos na aquisição de empresa com pagamento por valor superior ao de sua real avaliação, pois nesse caso, haveria a BNDESPar maior participação acionária, e, por ocasião da incorporação, receberia maior volume de ações da JBS S.A.

170. Evidentemente, se investidos na origem recursos em quantidade e em situação condizente com o potencial da empresa apoiada e sua situação econômica, ou seja, se pago valor justo naquele tempo, a piora ou a melhora nos resultados econômicos e financeiros seria tão-somente consequência dos próprios negócios (risco do negócio) e do ambiente de negócios vivido por essa empresa (risco de mercado), situação que nada teria a ver com qualquer ilícito apto a conduzir a imputação de dano.

171. Ainda na hipótese dos autos, um dano apurado na origem da operação, relacionado ao pagamento excessivo pela participação acionária naquele momento, jamais poderia ser compensado com eventual valorização da empresa. Pois se a empresa se valoriza no tempo é fácil presumir que ainda existe perda para o investidor, haja vista que não pagou o valor justo no início da operação, na oportunidade do negócio. Pois em sentido inverso, tendo se cercado das devidas cautelas para efetuar pagamento por um valor justo na origem, deteria uma participação maior, com maior retorno que o experimentado em decorrência da valorização dos ativos, ou da percepção de dividendos e juros sobre o capital próprio, evidenciando ainda mais o evento danoso praticado na origem.

172. Logo, no momento da incorporação de uma empresa por outra é possível configurar ganho ou prejuízo, independentemente de as ações serem mantidas em poder das partes vendedoras e compradoras. Esse é, a propósito, o momento em que a Receita Federal apura a ocorrência ou não de ganho de capital na operação, pois entende-se que houve uma “alienação”, que pode se dar com lucro ou prejuízo. Na primeira hipótese (lucro) há incidência do imposto devido. E ainda há um possível terceiro resultado decorrente dessa “alienação”: ausência de ganho ou prejuízo para fins tributários, seja em razão de a operação representar uma espécie de permuta por idêntico valor econômico, seja em razão de possibilidade de diferimento da tributação.

173. Todavia, é preciso reconhecer que, como afirmado pela d. Procuradora-Geral, não é possível afirmar que a incorporação da Bertin pela JBS teria ocorrido mediante atribuição de relação de troca mais vantajosa para a BNDESPar se não tivesse ocorrido uma possível deterioração da situação financeira da referida empresa, pois talvez a transação simplesmente não tivesse ocorrido.

174. Quanto à segunda hipótese ventilada pelo *Parquet* (superestimativa do valor de Bertin na origem da operação), é ela justamente a que restou carente de levantamento do prejuízo na operação, dada a inviabilidade de retorno dos autos para avaliação do valor justo da participação acionária no momento do aporte, sem o superdimensionamento do *valuation* observado nos autos, dada a situação de endividamento da empresa e de outros parâmetros que foram super ou subdimensionados.

175. De outro lado, e em reforço ao afastamento do dano apontado, revendo a metodologia de cálculo do prejuízo por mim adotada na deliberação de origem, baseada no valor atribuído às ações recebidas pela BNDESPar por ocasião da troca, calculadas a partir do valor de mercado pela média de cotações em bolsa, o que evidenciaria a perda parcial do investimento inicialmente realizado, tenho algumas observações adicionais a fazer.

176. Como visto, o cálculo partiu do valor da cotação das ações da JBS S.A. nos últimos 60 pregões de negociação da bolsa. E esse critério foi adotado em face de a BNDESPar assim o utilizar com certa regularidade em suas operações com *equity*.

177. Ocorre que a operação de incorporação em si, e a rigor, não foi objeto de negociação pelo banco, mas sim pelo grupo de controladores. Logo, inaplicável a regra comum de aferição pela instituição dos 60 pregões.

178. E é verdade que se fossem adotadas outras datas para esse cálculo, em razão da volatilidade das ações, poder-se ia chegar a uma maior ou menor quantificação do valor econômico atribuído a ambas as empresas a mercado, considerando especialmente que a negociação se deu entre

particulares, controladores de ambos os grupos, que podem dispor de maior margem de discricionariedade para a entabulação desses negócios, desde que recebessem aprovação em assembleia, da qual inclusive se viu a BNDESPar impedida de participar, em razão de conflito de interesses.

179. Ainda, cabe a reflexão de que para aferir a correção do critério por mim adotado, ponderei que as informações encaminhadas a este Tribunal pela Receita Federal do Brasil a respeito dessa operação, em atendimento a solicitação da unidade técnica, indicavam que as ações da JBS recebidas pelos antigos controladores da Bertin foram incorporadas ao Fundo Bertin FIP e ao patrimônio da holding FB Participações pelo valor aproximado de R\$ 4,9 bilhões (§ 254 da instrução e sentença judicial integrante da peça 650 destes autos).

180. Assim, àquela ocasião, concluí que os dois resultados (R\$ 4,9 bilhões registrados pelo fundo, e R\$ 4,968 bilhões, calculados com base na média de cotações da JBS S.A. dos 60 últimos pregões) seriam suficientemente próximos para que fossem considerados correlacionáveis, o que fazia razoável a assunção de que tivessem sido obtidos possivelmente a partir de mesmo parâmetro. E se tal parâmetro foi aceito pelas duas empresas na atribuição e no registro do valor de lote de ações no Fundo Bertin FIP, então, também por esse raciocínio, tornava-se razoável utilizá-lo na estimativa que pretendi fazer.

181. Concluí, a partir daí, que se 4,968 bilhões equivaleriam aos 73,08% detidos pelos controladores da Bertin, os 26,92% de Bertin, detidos pela BNDESPar equivaleriam, por simples regra de três, a R\$ 1,83 bilhão, inferior aos R\$ 2,5 bilhões investidos na companhia, disso resultando o cálculo de débito.

182. Esse cálculo destoou daquele registrado pela BNDESPar em seus sistemas sobre o resultado da operação, haja vista que foi de R\$ 2,453 bilhões.

183. **O raciocínio por mim empreendido não conduziu ao entendimento de que os controladores da Bertin se utilizaram de metodologia idêntica à por mim adotada, mas apenas que haveria uma relação de proximidade entre esses valores, a conferir verossimilhança aos cálculos por mim efetuados.**

184. De se ressaltar, todavia, conforme se verá mais adiante, que esse montante de R\$ 4,9 bilhões não foi aceito para fins tributários pela própria Receita Federal, que entendeu que o registro de tal montante foi realizado como forma de ocultar o efetivo ganho de capital ocorrido na operação, de que teriam sido beneficiários os controladores, procedendo-se a uma operação de sonegação fiscal. Logo, o valor econômico da operação foi de fato outro. Chego à conclusão, com base nas informações dos autos, de que foi de R\$ 8,75 bilhões em vez de R\$ 4,9 bilhões, conforme demonstrarei a seguir, de sorte que a incorporação da Bertin S/A pela JBS S/A atribuiu um valor econômico superior a Bertin S/A (artificialmente superior ao cálculo de mercado por mim realizado e àquele utilizado para incorporação nos registros do Fundo Bertin FIP, pelos controladores, e acima da realidade do valor econômico da Bertin S.A., porém com respaldo em assembleia de acionistas), como se verá da leitura adiante, invalidando aquela comparação que fiz, conforme as razões aqui apontadas.

185. Explico, então, a partir deste ponto.

186. Ao resgatar o histórico dessa operação de incorporação, necessário apontar a constatação de que foi realizada em duas etapas distintas e com parâmetros de valores distintos dos preços de mercado negociados em bolsa de valores, os quais foram aprovados em assembleia de acionistas.

187. A primeira foi a incorporação das ações, aprovada em AGE da JBS em 29/12/2009, a qual aprovou a relação de troca de ações entre os acionistas. A partir dessa incorporação, a Bertin se tornou subsidiária integral da JBS.

188. A segunda etapa da operação foi a incorporação da empresa Bertin pela JBS, aprovada na AGE da JBS de 31/12/2009.

189. Conforme esclarecido em trechos da instrução da SecexFinanças, os Conselhos de Administração da Bertin S.A. e da JBS deliberaram adotar a relação de substituição de 1 ação ordinária de emissão da Bertin para cada 32,45518835 novas ações de emissão da JBS resultantes do aumento

de capital derivado da incorporação de ações de emissão da Bertin. Em 12/12/2009, Bertin S.A. e JBS celebraram o Protocolo de Justificação da Incorporação das Ações de Emissão da Bertin S.A. pela JBS e os termos propostos foram aprovados pelas assembleias gerais extraordinárias de ambas as empresas, em 29/12/2009, das quais não participou a BNDESPar em razão de ser acionista das duas empresas, configurando conflito de interesses.

190. Ocorre que segundo as conclusões da SecexFinanças, **o preço das ações emitidas para a realização de troca, as quais não correspondiam a qualquer valor nominal, foi de R\$ 12,89/Ação, montante esse que muito destoa do critério de mercado por mim empregado, no qual apurei preço de R\$ 7,31/ação JBSS3, conforme transcrição realizada alhures (retro). O cerne da questão é que foi utilizado como critério o valor econômico das ações da JBS sem correlação com as ações antes existentes ou com valores de mercado**, para fins de entabulação do negócio, conforme consignado na instrução:

“872. O preço de emissão das novas ações é igual ao valor econômico das ações da JBS (R\$ 12,89). A quantidade de ações emitidas na JBS para a incorporação (929.392.550) foi calculada a partir da multiplicação da quantidade de ações existentes na Bertin pela relação de substituição. Ou, de outra forma, pela divisão entre o valor do aumento de capital (valor atribuído à Bertin) e o preço de emissão das novas ações da JBS.

873. Registre-se, esclarecendo uma dúvida apontada no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, que as ações da JBS não possuem valor nominal e que o valor de emissão das novas ações não se aplica às ações existentes antes da incorporação. Como colocado acima, a relação de substituição estabelecida diz respeito exclusivamente à relação entre os valores econômicos das empresas e às respectivas quantidades de ações, tampouco tendo relação com as estimativas de Patrimônio Líquido contábil ou a valor de mercado, as quais foram emitidas com outras finalidades, como já visto.

874. Embora tenha sido possível deduzir o valor econômico atribuído à JBS a partir da proporção estabelecida, repita-se que **não há nos autos qualquer avaliação econômica dessa empresa, não sendo possível apontar, com razoável segurança, quais seriam os valores mais adequados à avaliação da Bertin S.A. e da JBS S.A., e à decorrente relação de substituição de ações.**” (destaquei)

191. Veja-se, a propósito, que a contabilização das ações recebidas pelos controladores da Bertin S.A. e levadas a registro/incorporação ao Fundo Bertin FIP, e igualmente, as recebidas pelos controladores da JBS S.A., no volume e preços fixados e aprovados na assembleia, conduziria certamente a um valor um tanto quanto bastante superior aos registrados originalmente nos patrimônios individuais desses, redundando possivelmente em elevado ganho de capital na operação.

192. A opção, portanto, pode ter sido fazer o registro com base em parâmetros outros, em elisão ou sonegação fiscal.

193. Na primeira hipótese, se permitida pela legislação tributária, em elisão fiscal, a incorporação ao Fundo Bertin FIP pelo valor de R\$ 4,9 bilhões poderia ter simplesmente representado valor mais vantajoso aos controladores da Bertin que a adoção de outro valor fixado para o preço das ações, pela assembleia, valor esse de efetivo cunho econômico adotado pelos acordos celebrados entre os controladores.

194. Com efeito, há inúmeras brechas no sistema tributário utilizadas por empresas e pessoas físicas para fins de elisão tributária (aqui mencionadas para além das situações de sonegação), sendo de relevo, por exemplo, ressaltar o que dispõem os arts. 22 e 23 da Lei 9.249/1995, segundo os quais é possível transferir bens relativos à participação societária **pelo valor contábil ou pelo valor de mercado, à opção do contribuinte**, de sorte que, em tese, se uma transferência é feita pelo valor de declaração, não há efeitos tributários, ao passo que se a transferência é feita pelo valor de mercado, a diferença a maior, caso verificada valorização, estaria sujeita a tributação como ganho de capital.

195. Na segunda hipótese – a mais provável, conforme se verá adiante – em sonegação fiscal, como entendeu a Receita Federal ao instaurar autos de infração envolvendo os controladores de ambas as empresas, e cujos desdobramentos são até hoje discutidos nas esferas de apreciação de contencioso fiscal³.

196. O complexo sistema tributário e também os complexos arranjos societários costumam justamente ser utilizados como meios para reduzir o pagamento de impostos, buscando, no caso, a redução ou a postergação de ganhos de operações sujeitas a tributação.

197. A propósito, a questão não passou despercebida pela Receita Federal do Brasil, conforme amplamente noticiadas em jornais, como a seguir:

“GRUPO BERTIN TENTA REVERTER MULTA DE R\$ 3 BI DA RECEITA

Folha de S. Paulo - 02/03/2016

AUTUAÇÃO REFERE-SE A SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA FUSÃO DO FRIGORÍFICO COM JBS; PROCESSO ESTÁ NO CARF DESDE 2015

Fisco aponta fraude tributária e em troca de ações; procurado, grupo não se pronuncia sobre o assunto

(...)

O grupo Bertin tenta reverter no Carf (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) autuação no valor de R\$ 3,1 bilhões aplicada pela Receita Federal por supostas irregularidades no processo de fusão de suas operações com a JBS, do setor de carnes. O processo está no Carf desde agosto do ano passado, segundo a Folha apurou. O procedimento fiscal, referente à operação entre os frigoríficos realizada em 2009, é de dezembro de 2014.

A multa da Receita, no valor de R\$ 3,1 bilhões em impostos e multas, foi revelada pelo jornal ‘O Estado de S.Paulo’ no domingo (28). O alvo da Receita é uma operação complexa de reorganização societária que resultou na incorporação do frigorífico Bertin pela JBS. **Para a Receita, a troca de ações entre os grupos possibilitou ao fundo de investimento em participações Bertin FIP (criado especificamente para essa operação e que passou a ser controlador do Bertin) um ganho de capital de R\$ 3,1 bilhões que não foi tributado.** No procedimento fiscal de mais de cem páginas, ao qual a Folha teve acesso, a Receita diz que o fundo foi ‘fraudulosamente constituído e utilizado’ na transação. Para a Receita, um dos motivos da constituição do FIP é a tributação inferior e diferenciada aos quais fundos de investimento têm acesso. Até então, o Bertin era controlado pela Tinto (antiga Bracol), que passou a ter 100% das cotas do Bertin FIP. **Com o fundo, os Bertin pagariam menos impostos sobre os ganhos da operação.** No procedimento da Receita, a Citibank DTVM, administradora do Bertin FIP até 2012, foi autuada como devedora solidária da dívida. A administradora se defende na Justiça afirmando que prestava apenas serviços de tesouraria e de contabilidade ao fundo, não tendo participação em decisões administrativas ou tendo qualquer benefício com a operação.

FRAUDE

Além da manobra tributária, a Receita também levanta uma suspeita de fraude na troca de ações envolvendo a Blessed, empresa de Delaware, nos EUA, que já foi motivo de discordância entre acionistas do Bertin e da JBS. O Fisco ressalta que, cinco dias antes de o Bertin FIP se tornar efetivamente acionista da JBS na troca de ações prevista na operação, a Tinto –controladora do fundo– cedeu 67% de suas cotas no FIP para a Blessed. Chama a atenção o valor dessa transação: as cotas, que valeriam ‘bilhões de reais’, segundo a Receita, foram transferidas ‘pela irrisória quantia de US\$ 10 mil’. Dias depois, mais 19% das cotas foram cedidas ‘a preço vil’ de R\$ 17 mil. Em 2010, destaca a Receita, o patrimônio líquido do Bertin era de R\$ 4,9 bilhões. ‘Não faz sentido que cotas emitidas por fundo que administra patrimônio neste valor tenham sido cedidas por apenas US\$ 10 mil e R\$ 17 mil’, diz o procedimento. A Blessed já foi motivo de briga entre o grupo Bertin e a JBS. Em 2013, representantes da família Bertin disseram à Folha que cotas do fundo Bertin FIP haviam sido desviadas de forma ‘escabrosa’ para a Blessed e que essa empresa seria da J&F, holding controladora da JBS.

³ Vide a propósito o Acórdão nº 1402-004.001 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária proferido no âmbito do CARF, disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Decisao_16561720104201422.pdf.

Em 2014, no entanto, a JBS esclareceu, em resposta a questionamento da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), que os sócios da Blessed são seguradoras com sede em paraísos fiscais.

OUTRO LADO

Segundo a J&F, a incorporação do Bertin foi realizada ‘com total transparência e rigoroso cumprimento da legislação vigente’. Por meio de nota, negou qualquer tipo de fraude e lembrou que contou com assessorias competentes em questões tributárias e societárias, como os escritórios Barbosa, Müssnich & Aragão e Pinheiro Neto Advogados, além dos bancos Santander e JP Morgan.”⁴ (destaquei)

198. Com efeito, por ocasião do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, constou do relatório da unidade instrutiva as seguintes considerações sobre a sobreavaliação do valor econômico da Bertin S/A por ocasião de sua incorporação pela JBS S/A:

“250. Nota-se claramente que a operação favoreceu ao BNDES, que, ao embutir na operação de aquisição da Pilgrim’s pela JBS S.A. a incorporação da Bertin S.A., conseguiu resolver o problema da situação de dificuldade financeira por que passava aquela empresa. O exercício da cláusula de saída daria visibilidade ao investimento equivocado que o banco fez na Bertin S.A. e talvez fosse impedimento para que a transação se realizasse.

251. Contudo, **a supervalorização do valor econômico da Bertin S.A. teve como efeito colateral a necessidade de recolhimento de impostos em função do ganho de capital pelos seus controladores, o que não foi feito em função de manobras societárias e a simulação da constituição de um Fundo de Investimento em Participações - FIP (BERTIN FIP) para figurar como acionista da nova empresa.**

252. **Fiscalização da Receita Federal do Brasil entendeu que o BERTIN FIP seria uma ‘empresa veículo’, constituída com ‘propósito meramente tributário’, visando ao diferimento, com base no art. 2º da Lei 11.312, de 2006, da tributação do suposto ganho de capital.** Os então controladores da Bertin S.A. recorreram do auto de infração, mas a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SPDRJ/SPO julgou em 1ª instância improcedentes as impugnações, mantendo o entendimento da fiscalização.

253. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF julgou em 2ª instância, em 11/4/2017, novo recurso impetrado pelos então controladores da Bertin S.A. contra o Acórdão 1668.240 da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SPDRJ/SPO, mantendo os termos do Acórdão recorrido.

254. Essa **operação de simulação** realizada pelos então controladores da Bertin S.A., assim considerada pela Receita Federal do Brasil, foi resumida da seguinte maneira nas Contrarrazões da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN, por ocasião do julgamento no CARF:

a. Até 12/2009, a Tinto Holding era sócia e controladora da Bertin S.A. (73,1%).

b. em 16/09/2009, os grupos Bertin e JBS firmam acordo de que a Bertin S.A. passaria ao grupo JBS e a Tinto Holding passaria a deter apenas participação indireta: o grupo JBS entregaria a totalidade das ações da JBS S.A. para uma ‘nova holding’; a TINTO Holding (controladora da Bertin S.A.) entregaria a sua participação na Bertin S.A (73,1%) também para a ‘nova holding’ (FB Participações), isto é, esta receberia a participação acionária tanto da JBS S.A. quanto da Bertin S.A. Esse detalhe é relevante, pois demonstra qual era a intenção manifestada pelas partes.

c. em 26/11/2009, criação do fundo BERTIN FIP, sendo integralizadas as cotas em 11/12/2009, por meio do aporte de ações da Bertin S.A., pela Tinto Holding (73,1% do total); valor contábil dessas ações era R\$ 1,775 bilhão; em outras palavras, a Tinto Holding entregou as ações por este valor e recebeu em troca as cotas do BERTIN FIP, isso depois do acordo descrito no item precedente;

d. **em 14/12/2009, 3 (três) dias depois de a Tinto Holding ter transferido as ações da Bertin S.A. para o BERTIN FIP, foi divulgado que as ações da Bertin S.A. (73,1%) seriam incorporadas pela JBS S.A., que emitiu ações em contrapartida, utilizadas para pagar o BERTIN FIP, avaliadas em R\$ 8,8 bilhões - portanto, o BERTIN FIP deveria ter reconhecido ganho de capital de R\$ (8,8-1,775 = 7) bilhões aprox., porém tal ganho não foi reconhecido;**

⁴ <https://m.folha.uol.com.br/mercado/2016/03/1745267-grupo-bertin-tenta-reverter-multa-de-r-3-bi-da-receita-por-fusao-com-jbs.shtml#:~:text=O%20grupo%20Bertin%20tenta%20reverter,JBS%2C%20do%20setor%20de%20carnes.>

e. ainda em 14/12/2009, consta que as ações da JBS recebidas deveriam ser capitalizadas na 'nova holding' (FB Participações); aquelas mesmas ações avaliadas em R\$ 8,8 bilhões foram transferidas para a FB Participações ao valor de R\$ 4,9 bilhões - teria ocorrido uma perda de R\$ (8,8-4,9=3,9) bilhões, mas o BERTIN FIP contabilizou ganho de capital de R\$ (4,9-1,775=3,1) bilhões (troca de ativos, ações da Bertin S.A. x ações da JBS):

Assim, para a contribuinte, as ações da JBS S.A. emitidas em razão da incorporação de ações foram recebidas por R\$ 1,775 bilhão, que correspondia ao valor contábil das ações da BERTIN S.A. Ainda segundo o raciocínio da contribuinte, ao integralizar o aumento de capital da FB PARTICIPAÇÕES, no montante de R\$ 4,9 bilhões, a diferença entre o valor contábil das ações da JBS S.A. (R\$ 1,775 bilhão) e o valor das ações da FB PARTICIPAÇÕES (R\$ 4,9 bilhões) teria originado o ganho de capital de R\$ 3,1 bilhões registrado pelo BERTIN FIP.

f. (...)

g. em 28 e 29/12/2009, a incorporação de ações da Bertin S.A. foi aprovada pelos sócios desta e da JBS S.A., sendo que o BERTIN FIP já figurava como detentor das ações a serem incorporadas e, consequentemente, como a parte beneficiada pelo ganho de capital proveniente de qualquer operação com as mencionadas ações.

h. em 31/12/2009, foi aprovada a incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A.

Significa dizer que toda a reorganização societária esquematizada e implementada foi desfeita em apenas três dias. Com efeito, se a intenção era tornar a BERTIN S.A. subsidiária integral da JBS S.A., estaria justificada a escolha da operação de incorporação de ações. Entretanto, o que se verifica é que, após ter sido transformada em subsidiária integral, no dia 29/12/2009, a BERTIN S.A. deixa de existir no dia 31/12/2009, em virtude da incorporação realizada pela JBS S.A. Por isso é possível afirmar que a reorganização foi 'desfeita', visto que a criação da subsidiária integral BERTIN S.A. foi revertida quando esta foi incorporada pela JBS S.A. Nesse cenário, tem-se como resultado final de todas as operações a mera incorporação da pretensa subsidiária integral. (grifos do original)

255. O CARF julgou improcedente o recurso impetrado pelos então controladores da Bertin S.A. e manteve na íntegra os autos de infração lavrados pela RFB no tocante ao recolhimento de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, no montante de R\$ 793.453.672,19, devido à infração - Ganhos e Perdas de Capital apurados incorretamente - Ganho de Capital na alienação de investimento, avaliado pelo Método da Equivalência Patrimonial - MEP, apenado com multa de ofício de 150%, e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL, no montante de R\$ 285.643.321,99, relativo à mesma infração, com multa de 150%, sendo a data do fato gerador 31/12/2009.

256. No bojo do processo que tramitou na esfera do CARF, ainda constam evidências de que a operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A. ainda apresentou outros indícios de favorecimento ao Grupo JBS.

257. Mesmo antes de a operação ser autorizada pelas assembleias de acionistas em 29/12/2009, o Grupo JBS já tinha sob seu controle indiretamente as ações da Bertin S.A. que seriam convertidas em ações da JBS S.A.

258. O Fundo Bertin FIP foi constituído pelos controladores da Bertin S.A. em 26/11/2009 e as suas 1.775.231 cotas foram integralizadas em 11/12/2009 pela Tinto Holding com a totalidade das ações que detinha na Bertin S.A., avaliadas no ato por R\$ 1.775.231.000.

259. Em 14/12/2009, a JBS divulga que as ações da Bertin S.A. seriam incorporadas pela JBS e que as ações da JBS S.A. recebidas pelo Bertin FIP seriam imediatamente integralizadas na FB Participações.

260. Em 24/12/2009, a Tinto Holding cede 1.174.351,62425 cotas (66%) do Bertin FIP para a Blessed Holdings LLC, sociedade com sede em Delaware, Estados Unidos, pelo montante de US\$ 10.000,00, por meio de Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas e Outras Avenças, ficando detentora de apenas 34% das cotas do fundo.

261. Em 31/12/2009, a JBS incorpora a Bertin S.A., sua subsidiária integral, dando assim continuidade ao processo de unificação dos negócios dos grupos JBS e Bertin.

262. Em 3/1/2011, a Tinto Holding cede 348.317 cotas do Bertin FIP para a Blessed, pelo valor de R\$ 17.000,00 (aproximadamente US\$ 10.000,00), também por Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas e Outras Avenças. Nessa data, a Blessed passa a ter 87% das cotas do Bertin FIP.

263. Em 25/6/2014, a Tinto Holding cedeu o restante das cotas que detinha no BERTIN FIP para a J&F, empresa que era uma das acionistas da JBS que firmaram o Acordo de Associação que deu início a

toda operação.

264. Na época em que foi lavrada a autuação, a RFB suspeitou que a empresa de Delaware, a Blessed Holdings LLC, era de propriedade da JBS (suspeitas que seriam comprovadas após o acordo de colaboração premiada do Sr. Joesley Batista, que reconheceu que a empresa Blessed pertencia a ele e ao irmão Wesley Batista), pois as transferências de cotas do BERTIN FIP para a Blessed, por US\$ 10.000,00 cada uma, simplesmente visaram, como o autuante concluiu, o não recolhimento dos tributos sobre o ganho de capital, alegadamente diferidos.

265. A RFB descreveu em seu relatório de autuação que:

A criação do BERTIN FIP para intermediar, no lugar da Tinto Holding, a venda da Bertin S.A. para a JBS S.A., significou desvirtuar o uso de um instrumento que foi criado para desenvolvimento do mercado de capitais, pois a constituição do FIP, poucos dias antes da alienação, objetivou que o ganho de capital que seria apurado pela Tinto e tributável a partir do fato gerador em 12/2009 fosse assumido pelo FIP, em relação ao qual a tributação é diferida; e aduziu que não só seria diferida, mas tudo apontava que seria evadida, dadas as vendas da participação da Tinto Holding no BERTIN FIP para a Blessed LLC (domiciliada em Delaware, EUA, classificado como paraíso fiscal e cujos sócios não estão informados): 66% em 24/12/2009 (o valor da cota R\$ 3 bilhões e o valor da cessão apenas US\$10.000), e 21% em 11/2010 (o valor das cotas R\$ 1 bilhão, o valor da cessão R\$ 17.000,00, aproximadamente US\$ 10.000), totalizando 87%; (...)” (destaquei)

199. Essas informações, portanto, e em que pese a discussão tributária comportar divergências entre o órgão tributário e os contribuintes (basta uma pesquisa na internet para certificar da controvérsia) não permitem, a meu ver, e em revisão ao posicionamento anterior, o uso da metodologia por mim empregada para apurar o prejuízo apontado, pois uma das premissas adotadas foi de que a incorporação de ações pelos controladores de Bertin S.A. ao Fundo Bertin FIP se deu ao montante de R\$ 4,9 bilhões, como se esse valor de fato representasse o efetivo valor econômico da operação.

200. **O valor econômico da operação para os controladores da Bertin, se levado a registro pelo valor da negociação havida e aprovada por assembleia de acionistas, utilizado inclusive para fins tributários, corresponderia a R\$ 8,75 bilhões** (929.392.550 emitidas - 250.210.483 ações recebidas pela BNDESPar = 679.182.067 ações recebidas pelo Bertin FIP x 12,89 = 8.754.656.843,63), **em vez dos R\$ 4,9 bilhões levados a registro no Fundo Bertin FIP**, por sua participação de 73,08% na Bertin.

201. Sabe-se, ademais, que a constituição do Fundo Bertin FIP e de uma nova holding a FB Participações Ltda., bem assim outras estruturas criadas como a Blessed Holdings, em sucessão de arranjos realizados, foram consideradas altamente suspeitas por outros órgãos fiscalizadores, como por exemplo a CVM⁵.

202. Com efeito, como aludido pelo auditor, “(...) há dúvidas sobre a própria quantidade de ações da JBS que deveriam ser recebidas pela BNDESPAR. Como também se questionam os valores atribuídos a Bertin e JBS na incorporação, não há confiança na correção da relação de troca de ações utilizada e, por consequência, da quantidade de ações transferidas à BNDESPAR”.

203. Portanto, revendo meu posicionamento, entendo que não é possível utilizar essa correlação e os valores econômicos atribuídos para fins de se chegar ao cálculo seguro do dano, na metodologia inicialmente intentada por este Relator, pois a premissa usada na comparação não correspondeu efetivamente ao valor econômico atribuído na operação como havia concluído nos parágrafos 107/108 do voto condutor da deliberação de origem:

“105. Tenho defendido, nos demais processos envolvendo aportes de capitais realizados pelo BNDESPar, que a mais objetiva forma de se determinar o valor das ações de uma empresa é o valor das respectivas ações na bolsa de valores em determinado momento ou período. Tal forma é prevista nos

⁵ Vide, e.g. a CVM: [https://www.gov.br/cvm/pt-](https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticiaS.A.nexos/2021/20211019_pas_cvm_sei_19957_008434_2019_03_parecer_termo_de_compromisso.pdf)

[br/assuntos/noticiaS.A.nexos/2021/20211019_pas_cvm_sei_19957_008434_2019_03_parecer_termo_de_compromisso.pdf](https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticiaS.A.nexos/2021/20211019_pas_cvm_sei_19957_008434_2019_03_parecer_termo_de_compromisso.pdf)

regulamentos do referido banco e por ele largamente utilizada em diversas operações, inclusive em operações com a JBS. Assim, se tomarmos a data de anúncio da aquisição como a data da efetivação do negócio - 16/09/2009 (não apenas porque foi esse o momento no qual foram estabelecidas as bases do negócio, mas também porque a partir daí a cotação das ações sofreu influência do próprio anúncio), e se utilizarmos a média dos preços de fechamento dos últimos 60 pregões anteriores a essa data (conforme metodologia preconizada e largamente utilizada pelo BNDESPar), o preço justo da ação da JBS (JBSS3) seria R\$ 7,31. Multiplicando esse valor pelo número de ações da JBS (JBSS3) recebidas pelo BNDESPar por sua participação no capital da Bertin (250,2 milhões de ações), obteríamos o valor de aproximadamente R\$ 1,83 bilhão.

106. Além de sua objetividade, aderência à parâmetros empíricos e adequação metodológica, a utilização dessa forma de atribuição de valor encontra respaldo em outra informação importante presente nos autos.

107. Se considerarmos que 26,92% da Bertin detidos pelo BNDESPar valiam R\$ 1,83 bilhão a preços de mercado, então os 73,08% detidos pelos controladores da Bertin valeriam **R\$ 4,968 bilhões** a preços também de mercado. Ocorre que as informações encaminhadas a este Tribunal pela Receita Federal do Brasil a respeito dessa operação, em atendimento a solicitação da unidade técnica, indicam que as ações da JBS recebidas pelos antigos controladores da Bertin foram incorporadas ao Fundo Bertin FIP e ao patrimônio da holding FB Participações pelo valor aproximado de **R\$ 4,9 bilhões** (§ 254 da instrução e sentença judicial integrante da peça 650 destes autos). Os dois resultados são suficientemente próximos para que sejam considerados correlacionáveis, o que faz razoável a assunção de que tenham sido obtidos possivelmente a partir de mesmo parâmetro. E se tal parâmetro foi aceito pelas duas empresas na atribuição e no registro do valor de lote de ações no Fundo Bertin FIP, então, também por esse raciocínio, torna-se razoável utilizá-lo na estimativa que pretendemos fazer.

108. Adotando-se o critério do valor de mercado, e o método da média dos últimos 60 pregões anteriores ao fechamento do negócio, a operação de aporte de capital do BNDESPar na Bertin teria produzido para o Banco um prejuízo da ordem de R\$ 670 milhões (R\$ 2,5 bilhões – R\$ 1,83 bilhão)." (grifei)

204. De qualquer modo, ainda que afastada a imputação segura de débito nestes autos, como asseverado nos pareceres, não há impeditivo a que se realize o exame da regularidade da atuação dos agentes da BNDESPar nas etapas relativas à operação, não sendo razão suficiente o afastamento do dano para fins de arquivamento do processo como pleiteado pelas defesas, haja vista que, na linha da SecexFinanças, os fatos apontados nos autos denotam possibilidade de assunção ao disposto nos arts. 16, inciso III, e 58, inciso III, da Lei 8.443/1992.

205. Em razão do exposto, assim como alvitado ao final dos pareceres, penso que as alegações de defesa devam ser parcialmente acolhidas, afastando-se a condenação dos responsáveis aqui citados ao débito apontado inicialmente.

206. Entendo, ainda, que a inexistência de débito a ser imputado, a título de condenação, corrobora o entendimento de que cabe a exclusão da relação processual da empresa JBS S.A. e do Sr. Joesley Mendonça Batista, como sugerido pelo Ministério Público/TCU, aqui representado pela Procuradora-Geral, juntamente com o afastamento dos apontamentos realizados em audiência do Sr. Joesley tratados no tópico seguinte.

VI – Irregularidades objeto de audiências

207. No processo de origem (representação), determinei a realização de audiências de diversos responsáveis arrolados naquele feito, as quais não foram objeto de exame de mérito por ocasião da prolação do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, restando essas para serem apreciadas no mérito desta Tomada de Contas Especial, conforme determinado no subitem 9.6.6 daquele acórdão.

208. Àquela ocasião foram chamados a se manifestar sobre as irregularidades identificadas os responsáveis pela elaboração do relatório de análise da operação de apoio financeiro a Bertin em 2008, a diretoria da BNDESPar responsável por sua aprovação, os membros da equipe técnica de acompanhamento da operação e a diretoria, pelas omissões relativas a esse acompanhamento.

209. Relativamente à operação de incorporação da Bertin pela JBS, ocorrida no ano de 2009, foram chamados em audiência os Srs. Joesley Batista, Victor Garcia Sandri, Guido Mantega e Luciano Coutinho, em razão de evidências de associação ilícita destinada a obtenção ou concessão de vantagens ao Grupo JBS, conforme fatos reportados no Acordo de Colaboração Premiada celebrado com a Procuradoria-Geral da República pelo primeiro, bem assim, também ouvidos em audiência os membros do Comitê de Enquadramento e Crédito (CEC) em face da aprovação do enquadramento da operação de fusão das empresas mediante apoio financeiro da BNDESPar, os responsáveis pela elaboração do relatório de análise e a diretoria, além de membros dos conselhos de administração e fiscal do BNDES e da BNDESPar, em face de omissões em suas competências fiscalizadoras diante das irregularidades então apontadas.

210. Ademais, mediante o subitem 9.5 daquela deliberação foram determinadas audiências adicionais, relativamente à fase de enquadramento da operação inicial de aporte na Bertin, sendo chamados aos autos os responsáveis pela instrução de enquadramento (9.5.1) e os responsáveis pela aprovação, os membros do Comitê de Enquadramento e Crédito (9.5.2).

211. Preliminarmente, cumpre esclarecer algumas situações específicas, especialmente, quanto às audiências por mim determinadas mediante despacho no processo de origem.

212. Após a prolação do despacho de determinação de audiências diversos responsáveis ingressaram com embargos de declaração solicitando a exclusão de suas responsabilizações. Por meio dos Acórdãos 1350/2018-TCU-Plenário e 1974/2018-TCU-Plenário, este Tribunal acolheu a solicitação de 12 responsáveis, os quais tiveram suas respectivas determinações de realização de audiência tornadas insubsistentes.

213. Já neste processo proferi Despacho à peça 1064 no qual determinei a exclusão dos Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri do rol de responsáveis da TCE, tendo em vista o que foi assentado nos parágrafos 131 a 134 do voto condutor do Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário, no qual deixei evidenciado que o dano retratado no presente processo se refere à operação de apoio à Bertin S.A., ocorrida anteriormente à operação de fusão da empresa Bertin com a JBS, o que afastaria qualquer envolvimento do Sr. Joesley Mendonça Batista com a primeira operação financeira do BNDES realizada exclusivamente com a empresa Bertin, bem como de todos aqueles que o Sr. Joesley Batista apontava em seu acordo de colaboração, uma vez que sua participação pessoal em negociações afetas a operações do banco é condição *sine qua non* para conferir veracidade à narrativa do documento delatatório, algo que não seria razoável inferir em relação a outra empresa do ramo frigorífico, ainda mais uma concorrente da JBS à época.

214. Posteriormente, em face de instrução realizada pela secretaria, requerendo medidas em relação aos responsáveis Victor Garcia Sandri, Guido Mantega e Joesley Batista, como a reinclusão do primeiro no rol de responsáveis, a confirmação da exclusão de Guido Mantega e Joesley Batista (temporariamente em face de mandado de segurança), proferi Despacho à peça 1145 com o seguinte conteúdo decisório:

“19. Dessarte, expostas as matérias submetidas à apreciação, PASSO A DECIDIR.

20. Com efeito, mediante o Despacho que proferi à peça 1064 **determinei a exclusão do rol de responsáveis dos Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri**, e tal se deu em razão dos seguintes apontamentos consignados naquela peça:

‘2. Os Srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri foram notificados nos autos (peças 762 e 765, respectivamente) em razão de determinação contida em despacho, datado de 23/09/2020 (peça 688), no sentido de que fosse dado conhecimento das questões incluídas em uma nova instrução, ‘aos responsáveis por ambas as operações tratadas nos autos’, para sobre elas se manifestarem, caso quisessem (§ 9º do despacho). No entanto, tal notificação foi indevida.

3. Ambos haviam inicialmente sido incluídos como responsáveis na representação que deu origem a esta TCE (TC 034.935/2015-0).

4. Ocorre que o voto que sustentou o Acórdão 2154/2018-Plenário reconheceu expressamente não existirem indícios, até aquele momento, de prática de atos irregulares por esses senhores com relação às

operações em análise nestes autos (§§ 131 a 134 do voto), de modo que nada restou determinado quanto a eles nos dispositivos do Acórdão 2154/2018-Plenário (peça 1).

5. Portanto, o nome de tais senhores não deveria ter constado do rol de responsáveis da presente Tomada de Contas Especial.

6. Não obstante, por erro operacional na sua instauração, o rol de responsáveis da representação original foi incorporado a esta TCE, sem modificações, incluindo indevidamente os nomes dos dois mencionados senhores, o que resultou, posteriormente, na inapropriada notificação deles para se manifestarem sobre questões que não lhes dizem respeito em um processo no qual não deveriam constar como partes responsáveis.

7. Objetivando sanar essa situação, com fundamento no art. 11 da Lei 8.443/92, determino que:

a) os nomes dos srs. Guido Mantega e Victor Garcia Sandri **sejam excluídos** do rol de responsáveis no presente processo;

b) os ofícios constantes das peças 762 e 765 **sejam tornados insubsistentes**; e

c) a exclusão do rol e a insubsistência da notificação lhes **sejam comunicadas**.”

21. Em relação ao **Sr. Guido Mantega**, todavia, verifico dos autos a existência do Mandado de Segurança 37.664-DF, no qual o Ministro Ricardo Lewandowski deferiu liminar (peça 1058) para que seja suspensa, quanto a ele, a Tomada de Contas Especial.

22. Da decisão exarada pelo Ministro Ricardo Lewandowski é possível ver que expressamente fora determinada a suspensão da TCE em relação ao mesmo:

‘Isso posto, defiro o pedido de liminar para que seja suspensa, com relação ao impetrante, a Tomada de Contas Especial 033.879/2018-4, até o julgamento do mérito do presente writ.’

23. **Portanto, em cumprimento ao comando exarado por Sua Excelência, entendo que não cabe, neste momento, a revisão de qualquer posicionamento em relação ao responsável, porquanto a ordem foi de que se suspendesse, em relação a ele, a Tomada de Contas Especial, de maneira que qualquer andamento ou deliberação deste Relator ou do Tribunal acerca do Sr. Guido Mantega somente pode ser adotado após o julgamento do mérito do writ, ou na eventualidade da cassação da medida liminar a ele deferida.**

24. Quanto a Victor Garcia Sandri, todavia, não há notícia nos autos, até o momento, de ordem judicial de idêntico teor.

25. Evidentemente, como observado pela SecexFinanças, a audiência do Sr. Victor Garcia Sandri, cujo ordenamento está transcrito no item 6 retro, havia se dado por força do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, em razão do surgimento do nome desse responsável em delação do Sr. Joesley Batista, pendendo sua apreciação nestes autos de TCE, nos termos em que determinados pelo subitem 9.6.6 do Acórdão 2154/2018-TCU-Plenário, no qual o Tribunal expressamente determinou à unidade técnica então encarregada (SecexEstataisRJ, à ocasião daquele acórdão) que ‘9.6.6. *proceda à futura análise das respostas eventualmente encaminhadas à audiências realizadas em razão do despacho contido na peça 207 no processo de tomada de contas especial que vier a ser autuado em razão do item 9.2, retro.*’, e em conformidade com o Despacho de peça 177 deste processo.

26. Em que pese isso, não vejo motivos, até o presente momento, para proceder à reinclusão alvitrada pela SecexFinanças. Isso porque, apesar da audiência ali determinada ter restado pendente de análise, não foi ele arrolado nos autos na condição de funcionário do BNDES signatário dos documentos produzidos nas operações, ou sócio/acionista das empresas Bertin S.A. ou JBS S.A., ou de agente público com poderes sobre a instituição financeira que, de alguma forma, contribuíra para as irregularidades apontadas, mas apenas em razão de que seu nome teria surgido em Termo de Colaboração Premiada na condição de intermediador das demandas entre agentes públicos e privados (por associação ilícita destinada a obtenção/concessão de vantagens indevidas ao Grupo JBS). Todavia, não se obteve nos autos elementos suficientes para a vinculação dos termos da colaboração premiada à primeira operação de financiamento da Bertin S.A., em que pese menções a fatos relacionados a Sr. Victor Garcia Sandri em outras operações envolvendo a JBS S.A. ou a família Batista. A leitura do voto que produzi é nesse sentido:

‘XI – Acordo de Colaboração Premiada dos executivos da JBS

131. Este Colegiado já autorizou, em outros processos que tratam de operações de aporte de capital do BNDESPar na empresa JBS S.A., a citação de pessoas referidas nos acórdãos de colaboração premiada celebrados entre os executivos da JBS e a Procuradoria Geral da República, acordo esse versando sobre inúmeros fatos ilícitos praticados e revelados pelos referidos executivos dentre os quais as operações de aporte de capital por meio da compra de ações celebradas entre o BNDES e a JBS (objeto de três processos específicos neste Tribunal).

132. Nesse ponto específico o presente processo diferencia-se dos outros três. Nesses últimos, há indícios de que irregularidades foram praticadas e danos ao patrimônio do BNDES foram provocados, por empregados e gestores do banco, em razão das condutas irregulares descritas nos referidos acordos de colaboração premiada. Entretanto, tal vinculação não se encontra até agora presente na linha causal dos danos provocados ao Banco nas operações tratadas nos presentes autos.

(...)

27. Além do mais, essas conclusões evidenciam não haver, até o momento, elementos que indiquem, efetivamente, vínculo entre o Sr. Victor Garcia Sandri, segundo os elementos até então produzidos na colaboração premiada (apontado no item II, letra ‘e’, do despacho de audiência), e os indícios de irregularidades praticadas pelos servidores do BNDES (item II, letras ‘f’ e seguintes do despacho de audiência).

28. Assim, a reinclusão do Sr. Victor Garcia Sandri depende de eventuais novos elementos que possam efetivamente indicar sua participação em um dos temas abordados nos autos, relativos às operações realizadas junto ao frigorífico Bertin, ou, depois, quando da operação de incorporação pela JBS, o que pode ser mais bem avaliado no futuro e diante de tais eventuais novos elementos.

29. Já com relação ao Sr. Joesley Batista, a proposição da unidade instrutiva é no sentido de que **seja confirmada a exclusão**, mas apenas temporária, do referido responsável, conforme o texto do pronunciamento da subunidade. E, como sintetizado alhures, o procedimento relativo ao Sr. Guido Mantega se daria *‘a exemplo do procedimento adotado em relação ao Sr. Joesley Mendonça Batista à peça 1120’*.

30. Percebe-se, portanto, que o procedimento de exclusão do Sr. Joesley já foi adotado nestes autos, à revelia deste Relator, e em que pese a intenção de, com ele, dar cumprimento a decisão judicial, conforme a peça 1120.

31. Consultando referido documento, verifico que foi ele elaborado no âmbito da Secretaria de Gestão de Processos (Seproc-RJ), que assim alude ao procedimento que fora realizado:

‘Em cumprimento a mensagem eletrônica do (...omissis...), nesta data, foi excluído do polo passivo dos autos, por ora o Sr. Joesley Mendonça Batista, até apreciação definitiva do Mandado de Segurança 37.705 impetrado pelo referido responsável no STF, e em análise o petitório constante de peça 1052.’ (peça 1120)

32. Ocorre que a exclusão realizada foi indevida, porquanto não realizada por este Relator, a quem compete presidir o processo, nos termos do art. 11 da Lei 8.443/1992 e do art. 157 do Regimento Interno/TCU. O ato de exclusão não poderia ser adotado senão pela **autoridade legitimada**, que é o Relator, ou por decisão do colegiado do Tribunal de Contas da União, de maneira que é inválida e nula a exclusão ali realizada, e sem efeito algum, a não ser o operacional realizado por tal Secretaria de Gestão de Processos.

33. Não há delegação de competência para atos dessa natureza. Nem se poderia assim realizar em suposto cumprimento à ordem emanada judicialmente, porquanto no Mandado de Segurança 37.705 (peça 1089, p. 76) o STF, em decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski, deferiu a liminar **não para excluir**, mas **para suspender**, em relação ao Sr. Joesley Batista, a TCE, até o julgamento do Mandado de Segurança, como se vê no *writ*:

‘Isso posto, defiro o pedido de liminar para que seja suspensa, com relação ao impetrante, a Tomada de Contas Especial 033.879/2018-4, até o julgamento do mérito do presente writ’

34. A ordem, portanto, **foi de suspensão e não de exclusão**. No despacho que adotei em relação aos outros dois responsáveis, Sr. Guido Mantega e Victor Sandri, a exclusão foi realizada em virtude de outros motivos, ali elencados, relacionados ao exame de responsabilidade dos agentes arrolados, e não em decorrência de suspensão da TCE em relação a eles, conforme pode ser lido no item 19 retro.

35. Fosse esse o motivo – suspensão determinada em liminar – teria este Relator adotado outro caminho, determinando, em cumprimento à medida judicial, a suspensão, ou, no jargão da nossa Lei Orgânica e do Regimento Interno, **o sobrestamento**.

36. A propósito, no Memorando 074/2021-Conjur (peça 1090), a Consultoria Jurídica/TCU, ao comunicar a decisão proferida no MS 37.705-DF/STF à secretaria, expressamente reproduziu o texto da liminar mandatória e informou encaminhar cópia integral da inicial e da decisão judicial para juntada ao processo e adoção das providências necessárias ao cumprimento da deliberação, sem especificar quais seriam as providências. Caberia à unidade, então, instruir o feito e conduzir a matéria a este Relator.

37. Com efeito, o sobrestamento é o procedimento que ao mesmo tempo dá cumprimento à ordem judicial e encontra amparo no disposto na Lei Orgânica/TCU e no Regimento Interno/TCU.

Dispõem os arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992 que:

‘Art. 10. A **decisão** em processo de tomada ou prestação de contas pode ser **preliminar**, definitiva ou terminativa.

§ 1º **Preliminar é a decisão pela qual o Relator** ou o Tribunal, antes de pronunciar-se quanto ao mérito das contas, **resolve sobrestar o julgamento**, ordenar a citação ou a audiência dos responsáveis ou, ainda, determinar outras diligências necessárias ao saneamento do processo.’”

Art. 11. **O Relator presidirá a instrução do processo, determinando, mediante despacho singular, de ofício ou por provocação do órgão de instrução ou do Ministério Público junto ao Tribunal, o sobrestamento do julgamento**, a citação ou a audiência dos responsáveis, ou outras providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos, fixando prazo, na forma estabelecida no Regimento Interno, para o atendimento das diligências, após o que submeterá o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito.’ (destaquei)

39. E sobrestar, como se sabe, nada mais significa que **suspender**, tal como pretendido na decisão adotada no referido Mandado de Segurança 37664-DF, a que se dá cumprimento.

40. Portanto, em cumprimento ao comando exarado por Sua Excelência o Ministro Ricardo Lewandowski, e não havendo motivos para a exclusão do Sr. Joesley Batista da relação processual a qual foi chamado a integrar, bem assim considerando que a eventual exclusão procedida pela Seproc-RJ à revelia deste Relator sequer possui validade ou capacidade de produzir efeitos jurídicos ou processuais, minha decisão é no sentido do **sobrestamento**, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992, da Tomada de Contas Especial em relação ao Sr. Joesley Batista, até o julgamento de mérito daquele Mandado de Segurança.

41. O mesmo vale para a empresa JBS, tendo em vista a concessão de medida liminar de igual conteúdo no Mandado de Segurança 37.728, DF (peça 1101), de maneira que em vez da exclusão temporária do rol, proposta pela SecexFinanças, cabe também **o sobrestamento da TCE em relação à empresa JBS S.A.**

42. **Nenhuma medida adicional cabe em relação à Sra. Renata Bastos Maccacchero Viter e os Srs. Sérgio José Suarez Pompeo e Sérgio Foldes Guimarães** haja vista que não contam com liminares conhecidas nos autos, em Mandados de Segurança impetrados, como as já mencionadas em relação aos outros responsáveis aqui referidos a ensejar decisão preliminar pelo sobrestamento de suas contas.

43. Eventuais pedidos por eles formulados, relativos a exclusão da relação processual deverão ser examinados em conjunto com suas defesas, por ocasião do mérito, pois também se trata de matéria de defesa das partes.

44. De igual maneira, a preliminar de prescrição ventilada pelo Sr. Carlos Roberto Lupi, por intermédio de seus procuradores (peça 1086), deve ser apreciada por ocasião do exame do mérito deste processo, pois se refere à matéria de defesa a ser examinada em momento processual oportuno.

45. Dessarte, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 157 do Regimento Interno/TCU, **DETERMINO**:

a) **o imediato sobrestamento da Tomada de Contas Especial em relação ao Sr. Joesley Mendonça Batista, até a apreciação definitiva do Mandado de Segurança 37.705-DF, no Supremo Tribunal Federal**, ou pelo menos até a cassação da medida cautelar pelo STF, o que ocorrer primeiro;

b) **o imediato sobrestamento da Tomada de Contas Especial em relação à empresa JBS S.A., até a apreciação definitiva do Mandado de Segurança 37.728-DF, no Supremo Tribunal Federal**, ou pelo menos até a cassação da medida cautelar pelo STF, o que ocorrer primeiro; e

c) a adoção de providências necessárias para tornar sem efeito o procedimento adotado à peça 1120, com consequentes registros nos autos.

Restituam-se os autos à **SecexFinanças** para conhecimento deste Despacho e adoção das medidas necessárias ao seu cumprimento.”

215. Nesta etapa processual o auditor-instrutor na SecexFinanças consignou no parágrafo 46 da instrução que a defesa de Joesley Batista e da JBS S.A. não foi analisada em face do sobrestamento do processo quanto a eles, determinado por este Relator, de maneira que na proposta de encaminhamento iniciada no parágrafo 1373 da instrução, no subitem 9.19, propôs que se mantivesse o sobrestamento do julgamento das contas desses responsáveis até o julgamento de mérito dos respectivos mandados de segurança em tramitação no STF, proposição com a qual aquiesceram os escalões dirigentes da unidade instrutiva.

216. Já a representante do Ministério Público consignou entendimento, nos parágrafos 324/325 de seu parecer, de que em relação ao Sr. Joesley Mendonça Batista não foram apontadas, nos presentes autos, evidências de associação ilícita com agente público para viabilizar a operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., tampouco de que tal fusão tenha causado danos aos cofres da BNDESPar.

217. Entendeu, pelo contrário, que os elementos dos autos conduzem à conclusão de que a referida fusão proporcionou a preservação do investimento da estatal na Bertin. E, quanto à possibilidade de tal operação ter causado prejuízo aos demais acionistas minoritários, a apuração escaparia à competência desta Corte, de maneira que tanto o Sr. Joesley Mendonça Batista quanto a empresa JBS S.A. deveriam ser excluídos da relação processual, providência que não afrontaria as decisões proferidas nos MS 37.705 e 37.728 (apreciados no mérito e atualmente em grau recursal), uma vez que nenhum prejuízo causa aos referidos responsáveis.

218. Com efeito, nenhum elemento novo foi juntado aos autos, com referência ao Acordo de Colaboração Premiada celebrado, a justificar a manutenção do Sr. Joesley na relação processual, de maneira que entendo adequada sua exclusão, tal qual realizado anteriormente em relação a Guido Mantega e Victor Sandri, haja vista as imputações inicialmente indicadas no item 11-e do Despacho que proferi preteritamente nos autos de origem, com vistas à realização da audiência desses três responsáveis. Considerando o exame de mérito empreendido nesta oportunidade, a empresa JBS S.A. também deve ser excluída da relação processual.

219. Consigno ainda que na linha dos pronunciamentos uniformes da SecexFinanças e do Ministério Público/TCU **acolho as razões de justificativa dos responsáveis ouvidos por força dos itens 11-i e 11-j do Despacho de audiência por mim proferido à peça 207 do processo originador desta TCE (TC 034.935/2015-0), quais sejam os membros dos conselhos de administração e fiscal do BNDES/BNDESPar**, chamados a responder por supostamente haverem se omitido em suas competências fiscalizadoras na operação de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A. com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A., de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.

220. Ainda em relação às audiências determinadas por Despacho, antecipo que acompanho integralmente as conclusões consignadas na instrução do auditor quanto à etapa que correspondeu à operação de aquisição da Bertin pela JBS S.A., as quais foram acolhidas pela representante do Ministério Público/TCU.

221. Nesse sentido, afasto a aplicação de sanção aos participantes da 240ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito em face da imputação inicial de haverem aprovado o enquadramento da operação de fusão entre as empresas mediante apoio financeiro da BNDESPar com base em *valuation* superdimensionado de Bertin S.A., elaborado pela Apsis Consultoria Empresarial Ltda. e também dos responsáveis pela elaboração do Relatório de Análise AMC DEINV 4/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009, estes ouvidos em razão de haverem proposto o não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S.A., que lhe facultaria a possibilidade de inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin S.A. na operação de transferência de controle da companhia com base em valores constantes do Acordo de Acionistas, e no qual teriam se omitido com relação ao valor econômico da Bertin S.A. calculado pela empresa Apsis Consultoria Ltda.

222. Igualmente afasto a aplicação de sanção aos membros da diretoria que participaram da decisão de aprovação da incorporação em face de a terem aprovado sem o exercício da Cláusula 3.4 do

Acordo de Acionistas e por supostamente se omitirem sobre o valor econômico calculado pela empresa Apsis Consultoria.

223. Quanto à incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário não determinou audiências ou citações em razão de irregularidades ocorridas nessa segunda operação. Apenas ordenou que se transferisse para a tomada de contas especial o exame das audiências determinadas no despacho à peça 207 do TC 034.935/2015-0.

224. As audiências foram fundamentadas em duas condutas. A primeira, relativa ao não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S.A. pelo BNDES, que lhe facultaria a possibilidade de inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin S.A. na operação de transferência do controle da companhia com base em valores constantes do Acordo de Acionistas⁶. A segunda, relativa a omissão com relação ao valuation superdimensionado da companhia Bertin S.A., estimado em laudo de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda. previamente à incorporação.

225. Em relação à primeira, a SecexFinanças concluiu, na análise de mérito, sem divergências internas, pelo acolhimento parcial das razões de justificativa porquanto considerou que **havia razões para o não exercício desse direito, uma vez que poderia inviabilizar a própria operação de incorporação e a preservação do investimento inicialmente realizado na Bertin S.A.**, conforme constou do relatório de análise. E, ainda, partiu da **premissa de que os técnicos e administradores da BNDESPar desconheciam as tratativas entre os controladores da JBS e da Bertin acerca da fixação do controle da empresa resultante da fusão.**

226. Também o Ministério Público/TCU, sem adentrar na controvérsia sobre a aplicabilidade dessa cláusula à operação de fusão, em vista do debate instalado por força do contraditório exercido, entendeu pelo acolhimento das razões de justificativa nesse ponto, visto que, de qualquer forma, **a inviabilização da operação seria contrária aos interesses do BNDES em preservar o investimento na Bertin naquele momento.**

227. Já no que concerne à segunda, houve divergência entre a posição do auditor instrutor e do diretor da SecexFinanças, acompanhado pelo titular da unidade.

228. O auditor concluiu que, **embora os responsáveis não tivessem logrado afastar os indícios de que a avaliação econômica da Bertin, feita pela Apsis, para fins da incorporação, apontava valor superestimado, não seria exigível deles maior aprofundamento a respeito de tal avaliação uma vez que não havia evidências de que os técnicos e administradores tinham conhecimento das tratativas escusas entre os controladores de Bertin S.A. e JBS S.A., tampouco evidências de prejuízo para a BNDESPar nessa operação**, de sorte que propôs o acolhimento parcial das razões de justificativa, sem aplicação de sanções.

229. Além disso, especificamente no que tange aos membros do CEC, salientou que a audiência apontava como irregularidade a “aprovação de enquadramento de operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., mediante apoio financeiro da BNDESPAR, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A., de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda.”, mas

⁶ Por força da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin, a BNDESPar poderia exigir a inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin na operação de transferência do controle da companhia, com base no maior dos seguintes valores: (a) Valor proposto pela JBS para a aquisição das ações de controle da Bertin: justificado pelos técnicos do abanco como não aplicável diretamente por se tratar de uma transação baseada em uma relação de troca, e não em um valor absoluto para o *equity* da Bertin; (b) O valor patrimonial da ação apurado de acordo com o último balanço levantado pela companhia, atualizado pelo IGPM desde a data de encerramento do balanço até o mês anterior à data do efetivo pagamento. Sob essa hipótese, segundo os técnicos do banco o valor da participação da BNDESPar atingiria R\$ 1,02 bilhão; (c) Preço de emissão das ações corrigido por TJLP+11% a.a. desde a data de integralização até a data do efetivo pagamento. Sob essa hipótese, segundo esses técnicos, o valor da participação da BNDESPar atingiria R\$ 3,1 bilhões; (d) Preço de emissão das ações corrigido por IGPM+13% a.a. desde a data de integralização até a data do efetivo pagamento. Sob esta hipótese, o valor da participação da BNDESPar atingiria R\$ 3,0 bilhões. Todavia, conforme avaliação do banco, a exigência pela BNDESPar do direito previsto na cláusula acima inviabilizaria a transação, o que seria indesejável para a BNDESPar, o que também se concluiu da análise dos autos.

como alegado pelos responsáveis o laudo é datado de 4/12/2009, data posterior à realização da 240ª Reunião do Comitê de Enquadramento de Crédito, de 24/11/2009.

230. Já o diretor, em linha divergente, ao menos em relação a parte dos responsáveis (diretoria e responsáveis pela emissão do relatório de análise – itens 11-g e 11-h do despacho de audiência) defendeu a aplicação de sanção a esses sob o argumento de que o BNDES apoiou financeiramente operação de incorporação a ser realizada pela JBS S.A., tendo ciência de que o valor de Bertin estava superdimensionado. Nessa lógica, embora a operação em si não causasse prejuízo à BNDESPar, detentora de participação societária na Bertin S.A., conduziria eventualmente a prejuízos aos acionistas minoritários da JBS S.A., que dispõem de menos acesso à informação qualificada.

231. Assim, seu raciocínio foi de que, uma vez tendo ciência dessa possível lesão a minoritários da JBS S.A., o banco deveria ao menos alertar às partes envolvidas na negociação de que a sobreavaliação da Bertin S.A., por ocasião dessa incorporação, teria de ser reportada aos acionistas minoritários da JBS, para que adotassem decisão consciente, livre e informada sobre o assunto em assembleia geral de acionistas. E, embora tal conduta pudesse ocasionar o risco de não aprovação da operação societária, o banco não poderia operar quebrando regras caras ao mercado de capitais, com vistas tão somente a se beneficiar do ponto de vista financeiro, pois haveria relevantes razões de natureza pública que levaram à criação da BNDESPar, das quais o banco não poderia se afastar. Mais ainda, porque lesar minoritários constituiria afronta ao objeto social do banco, previsto em seu estatuto. E o banco apoiou, com recursos próprios, a incorporação (quando do aporte de recursos na operação seguinte, para compra de Pilgrim's e incorporação da Bertin).

232. Neste ponto impende concordar com o Ministério Público/TCU, que, em linha com o posicionamento do auditor, entendeu afastada a imputação. De fato, essas considerações efetuadas pelo escalão dirigente da unidade fogem do escopo e do campo de atuação do controle exercido por este Tribunal, haja vista que não compete ao TCU aferir se houve conduta lesiva aos interesses dos investidores minoritários, especialmente porque esses investidores não demandaram recomposição de seus eventuais prejuízos em decorrência da atuação do banco público, por ação ou omissão, o que poderia resultar em eventual configuração de competência deste Tribunal em face de prejuízos causados por eventual decisão de favorecimento da BNDESPar em detrimento de outros acionistas.

233. Além do mais, como disse a Procuradora-Geral, trata-se de atribuição da Comissão de Valores Mobiliários, entidade legalmente incumbida de fiscalizar as atividades de valores mobiliários (art. 8º, III, da Lei 6.385/1976), já existindo, a propósito, Procedimento Administrativo Sancionador 19957.008434/2019-03, instaurado naquela autarquia para apurar a operação em tela (ainda não concluído⁷).

234. A propósito, em razão dos prejuízos causados aos minoritários, constato que foi recentemente proferida decisão preliminar naquele processo, em 28/2/2023, sendo de relevo a transcrição de alguns trechos. O trecho a seguir foi extraído do sítio da autarquia na internet (https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2023/20230228_R1/20230228_D2200.html):

“Trata-se de proposta conjunta de termo de compromisso apresentada por Joesley Mendonça Batista (‘Joesley Batista’), Wesley Mendonça Batista (‘Wesley Batista’), na qualidade de acionistas controladores da Blessed Holdings LLC (‘Blessed Holdings’), e Gilberto de Souza Biojone Filho (‘Gilberto Biojone e, em conjunto com os demais, ‘Proponentes’), na qualidade de Representante Legal no Brasil da Blessed Holdings, no âmbito de Inquérito Administrativo instaurado pela Superintendência de Processos Sancionadores – SPS, no qual há outros acusados que não apresentaram propostas para celebração de termo de compromisso.

A SPS propôs a responsabilização dos Proponentes conforme abaixo:

(i) Joesley Batista e Wesley Batista, por terem ordenado a realização de operações caracterizadas, em tese, como fraudulentas, no âmbito das operações de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., com

⁷ Segundo informações pesquisadas no endereço eletrônico: <https://sistemas.cvm.gov.br/?PAS>

cotas do Bertin FIP, em possível infração ao item I da então vigente Instrução CVM nº 8/1979, nos termos descritos no item II, 'c', dessa Instrução; e

(ii) Gilberto Biojone, por ter participado na realização de operações caracterizadas, em tese, como fraudulentas, no âmbito das operações de incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., com cotas do Bertin FIP, em nome da Blessed Holdings LLC, por ordem de Joesley Batista e Wesley Batista, em possível infração ao item I da então vigente Instrução CVM nº 8/1979, nos termos descritos no item II, 'c', dessa Instrução.

Após apresentarem suas razões de defesa e o processo ter sido distribuído ao Diretor Relator, os Proponentes apresentaram proposta conjunta para celebração de termo de compromisso na qual propuseram pagar à CVM o valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) para Joesley Batista, R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) para Wesley Batista e R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para Gilberto Biojone, a título de indenização referente aos danos difusos em tese causados na espécie.

O Diretor Relator, nos termos do art. 84, §2º, da Resolução CVM nº 45/2021 ('RCVM 45'), encaminhou a proposta para a Superintendência Geral para que fosse adotado o trâmite de que trata o art. 83 da RCVM 45.

Em razão do disposto no art. 83 da RCVM 45, a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM – PFE/CVM apreciou, à luz do art. 11, §5º, incisos I e II, da Lei nº 6.385/1976, os aspectos legais da proposta apresentada, tendo opinado pela existência de óbice jurídico para celebração de termo de compromisso.

Nesse sentido, a PFE/CVM destacou que *'a severa diluição imposta aos minoritários, resultante das operações tidas como ilegais investigadas pela CVM, bem como a gravidade das infrações (...) associada à ausência de qualquer proposta de desfazimento das operações e correção das irregularidades, comprometem a legalidade da celebração do Termo de Compromisso nas condições propostas, sendo certo que a correção das premissas adotadas pela acusação demanda revolver todo o conjunto fático-probatório, consistindo, portanto, em análise de mérito da acusação, incabível em sede de Termo de Compromisso'*.

A PFE/CVM também observou que, *'ainda que se considere que a questão poderia ser resolvida mediante indenização exclusivamente pela via dos danos difusos, caso comprovada a impossibilidade de indenização individual dos acionistas prejudicados, o [Relatório da SPS] aponta que a vantagem econômica auferida pelas operações fraudulentas seria da ordem de quase dois bilhões de reais, (...) valor que sequer se aproxima do montante ofertado a título de indenização pelos proponentes.'*

Ademais, a PFE/CVM registrou que a proposta foi apresentada fora do prazo constante do art. 82, §2º, da Resolução CVM nº 45/2021, tendo destacado, entretanto, que o Colegiado da CVM poderia, em casos excepcionais, analisar a proposta de celebração do ajuste, conforme previsto no art. 84 da mesma Resolução. Diante disso, o Comitê de Termo de Compromisso ('Comitê'), à luz das circunstâncias do caso concreto, entendeu que seria oportuno e conveniente propor ao Colegiado a superação da preliminar de intempestividade.

O Comitê, em 31.01.2023, considerando (i) o óbice jurídico apontado pela PFE/CVM; e (ii) a gravidade, em tese, do caso, que envolve possíveis operações fraudulentas, que inclusive teriam ocasionado, em tese, diluição indevida de participações de acionistas minoritários, entendeu não ser conveniente e nem oportuna a celebração de termo de compromisso proposta e que a melhor saída para o caso em tela seria um pronunciamento do Colegiado em sede de julgamento. Desse modo, o Comitê sugeriu ao Colegiado a rejeição da proposta conjunta apresentada pelos Proponentes.

O Colegiado, por unanimidade, acompanhando a conclusão do parecer do Comitê, deliberou rejeitar a proposta de termo de compromisso apresentada tendo em vista o óbice jurídico apontado pela PFE/CVM."

235. Assim sendo, vê-se que a questão da diluição dos minoritários se encontra ainda em apuração pela CVM que já recusou proposta de acordo em termo de compromisso para encerramento do caso, mediante pagamento das quantias declinadas pelos controladores da JBS S.A.

236. Resgato ainda, a propósito dessas considerações, o seguinte trecho da instrução do auditor, que abordou aspectos gerais da operação de incorporação de Bertin, e, portanto, localizado em ponto distinto do exame da audiência:

“756. Repita-se que a ação da BNDESPAR em buscar viabilizar uma solução para salvar seu investimento não foi considerada, por si só, uma irregularidade. A preocupação foi a forma como isso foi feito e o possível prejuízo gerado aos cofres da entidade e a terceiros. Embora o dever de lealdade proíba o administrador de agir no interesse de terceiros, também não se pode agir contra a lei, em prejuízo a terceiros, para defender seus próprios interesses. Há que se registrar, porém, que o Relator, em seu Voto (p. 26), consignou que:

134. A segunda possibilidade de dano aqui descrita refere-se a irregularidades praticadas por acionistas majoritários das empresas Bertin e JBS, a princípio sem participação, conhecimento ou consentimento de empregados ou gestores do BNDES. Se em algum momento surgirem indícios que apontem para o conhecimento ou consentimento de empregados ou gestores do banco, então referidos acordos poderão passar a ter repercussão no presente processo.

757. Mais à frente, o Sr. Ministro registra que a questão relativa a possível fraude contra minoritários deveria ser objeto de apuração pela CVM:

148. Uma vez que existem indícios nos autos de prática de fraude contra acionistas minoritários, proporei que cópia integral do presente acórdão seja encaminhada à Comissão de Valores Mobiliários – CVM, para conhecimento e adoção das providências que entender cabíveis em seu âmbito de atuação.

758. Assim, nos termos do item 9.7 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, foi encaminhada cópia do Acórdão à CVM (Ofício 0540/2018-TCU/SecexEstataisRJ, de 17/9/2018 – peça 1285).

(...)

761. O acima mencionado processo administrativo, autuado em 2017, redundou na autuação do Processo Administrativo Sancionador CVM SEI 19957.008434/2019-03, o qual se encontra ainda aberto, ‘Com o Relator para apreciação de defesas’ (situação em 17/5/2022 – peça 1453).

762. No site da autarquia, encontra-se ‘Parecer do Comitê de Termo de Compromisso’, emitido em 1/10/2021, no mesmo processo, acerca de proposta apresentada por dois dos investigados no processo. O documento não deixa dúvida de que a CVM apura as mesmas irregularidades cujos indícios foram apontados pela unidade técnica do TCU. E, embora ainda não haja decisão de mérito sobre a matéria, as áreas técnicas da CVM têm se posicionado no sentido da confirmação das irregularidades, como se extrai dos seguintes excertos do documento (peça 1449, p. 10):

DA MANIFESTAÇÃO DA ÁREA TÉCNICA

39. Ante o exposto, a SPS concluiu, diante do conjunto probatório apresentado, que:

- (i) a incorporação da Bertin pela JBS teve elementos suprimidos do público, dos acionistas minoritários e desta CVM;
- (ii) a falta de transparência sobre: (a) os verdadeiros donos da Blessed Holdings; e (b) as cessões de cotas do Bertin FIP, da Bracol Holding para a Blessed Holdings, por valores irrisórios, teriam sido propositais, com a intenção de ‘burlar’ esta CVM e prejudicar os acionistas minoritários da JBS, que tiveram sua participação nesta Companhia diluída;
- (iii) os valores simbólicos pagos à Bracol Holding, pela Blessed Holdings, evidenciariam que o valor atribuído à Bertin foi muito superior ao valor real da Companhia, razão pela qual a família Bertin teria aceitado ficar com apenas 14,7% do valor que lhe cabia na incorporação;
- (iv) a Blessed Holdings teria sido um instrumento utilizado por J.B. e W.B. para a realização de operações, em tese, fraudulentas entre eles e a Bracol Holding, esta última sob o comando de seus sócios administradores NATALINO BERTIN e SILMAR BERTIN;
- (v) o valor da Bertin teria sido inflado para que, na sequência da incorporação, por meio de operações, em tese, fraudulentas, os controladores da JBS recebessem de volta as ações desta Companhia atribuídas à controladora da Bertin;
- (vi) a explicação dada por J.B. de que ‘a opção pela criação dessa estrutura no exterior [Blessed Holding] se deu em razão da urgência, visto que no Brasil a notória burocracia para sociedades empresariais impediria a conclusão do negócio que deveria ocorrer em tempo muito exíguo’, não seria crível. A criação de qualquer estrutura jurídica para a realização do negócio entre a Bertin e a

JBS não seria necessária e a Blessed Holdings não foi mencionada nos FRs e comunicados ao mercado sobre a incorporação da Bertin pela JBS; e
(vii) tal estrutura teria como única finalidade dissimular quem eram seus verdadeiros donos e permitir a realização de operações, em tese, fraudulentas entre os controladores da JBS e da Bertin, que teriam causado prejuízos aos acionistas minoritários da primeira.

DA MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA – PFE/CVM

42. Em razão do disposto no art. 83, caput, da Instrução CVM Nº 607/19 ('ICVM 607'), no PARECER n. 00050/2021/GJU - 2/PFE-CVM/PGF/AGU, a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM ('PFE/CVM') apreciou os aspectos legais das propostas de Termo de Compromisso, tendo opinado pela existência de óbice à celebração de ajuste no caso, tendo em vista 'os potenciais prejuízos decorrentes da severa diluição imposta aos minoritários, ainda que não atribuídos especificamente a um determinado lesado, associada à ausência de qualquer proposta de correção das irregularidades'.(...)

763. Esse documento desconstrói a narrativa de que a CVM não encontrou irregularidade na operação.

764. Sobre a alegação de que os acionistas minoritários da JBS, muitos deles, investidores qualificados, aprovaram a operação e não recorreram à Justiça e à própria CVM, trata-se de tese já analisada na etapa de instrução da Representação, valendo repisar que suas participações individuais não eram relevantes na JBS S.A., tampouco em suas carteiras de investimentos, o que pode justificar que não tenham se aprofundado na análise do negócio. Após a divulgação de informações na mídia sobre as evidências de fraudes e a delação de Joesley e Wesley Batista, confirmando vários dos fatos, a CVM iniciou a apuração já mencionada, o que, igualmente, pode tê-los demovido da intenção de apresentar reclamação sobre fato já em apuração.

765. Na verdade, tais conjecturas são desnecessárias, ante o fato de que os órgãos públicos podem agir de ofício na apuração de irregularidades e de que a CVM já o faz. A busca de outros interesses, além dos que já podem ser alcançados pela atuação daquela autarquia, caberia, de fato, a cada parte interessada.

766. Nesse contexto, conclui-se que, **no âmbito do Tribunal e do presente processo, especificamente, a análise das responsabilidades deve ater-se aos atos praticados, no âmbito da BNDESPAR, na condição de acionista da Bertin, detentora de direitos previstos no Acordo de Acionistas, e na condição de agente concedente de apoio financeiro. Nesses termos, somente caberia à BNDESPAR se insurgir contra a operação de incorporação caso ela lhe trouxesse prejuízo, o que não era o caso, ou se estivesse evidenciada alguma irregularidade.**

767. Na última hipótese, ainda que tivesse de abrir mão de algum benefício econômico, deveria a entidade ir contra a operação. **Considerando, porém, que não há evidência de que se tinha conhecimento, na BNDESPAR, dos acordos ocultos firmados entre os acionistas controladores da Bertin S.A. e da JBS S.A., tem-se que a hipótese também não se confirma. Relembre-se que o conhecimento dos fatos foi condição firmada pelo Relator no Voto do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário (v. parágrafo 756) e não se apresentou indício posterior que a afastasse.**

768. Assim, **embora houvesse indícios perceptíveis de que a Bertin estava sendo sobreavaliada, se a BNDESPAR não sabia das tratativas ocultas (e não há provas de que soubesse), não seria exigível que seus agentes fossem contra a operação. Se, porém, ao fim das apurações na CVM, a BNDESPAR vier a incorrer em alguma responsabilidade ou prejuízo, em função de eventual determinação daquela autarquia, o Tribunal poderá avaliar a necessidade e oportunidade de novas apurações.**

769. Em relação aos agentes privados, também não cabe ao TCU imiscuir-se em suas atividades. Porém, havendo prejuízo, direto ou indireto, ao erário, podem eles vir a responder, de modo que não se afasta a competência do Tribunal pelo simples fato de que a incorporação foi celebrada sem a participação do BNDES. Há que se verificar as circunstâncias em que isso se deu. E os apontamentos contidos no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário indicavam a existência de danos, a atrair a competência do Tribunal. É o que se verificará mais à frente."

237. Dessarte, feitas essas considerações, concluo também pelo acolhimento parcial das razões de justificativa, em face das análises empreendidas pelo auditor, corroboradas pelo *Parquet*

especializado, no tocante aos itens 11-f, 11-g e 11-h do Despacho por mim proferido em que determinadas as audiências.

238. Passo então ao exame dos demais apontamentos com potencial capacidade de conduzir este Tribunal à aplicação de sanções a responsáveis arrolados.

VI.1 – Fase de enquadramento – participação acionária junto a Bertin S.A.

239. Caio Britto de Azevedo, Priscila Tavares Camacho Bak, e Renata Moustapha Correa, tiveram as audiências determinadas no subitem 9.5.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário por, como signatários da Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, recomendarem a operação de apoio financeiro a Bertin S.A., na modalidade de renda variável, para aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais e capital de giro, mediante a Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, elaborada em tempo exíguo, sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, utilizando-se de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, com ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira.

240. De sua vez, Carlos Roberto Lopes Haude, Claudio Bernardo Guimaraes de Moraes, Ernani Teixeira Torres Filho, Fabio Sotelino da Rocha, Gil Bernardo Borges Leal, Ishai Waga, Jorge Kalache Filho, Júlio Cesar Maciel Raimundo, Luciano Siani Pires, Luiz Fernando Linck Dorneles, Mariane Sardenberg Sussekund, Mario Jose Soares Esteves Filho, Paulo Todescan Lessa Mattos, Ricardo Luiz de Souza Ramos, Roberto Zurli Machado, Selmo Aronovich, Thereza Cristina Nogueira de Aquino e Yolanda Maria Melo Ramalho foram ouvidos em audiência por acolherem, na 135ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito – CEC, a proposta de recomendação de apoio financeiro a Bertin S.A., na modalidade de renda variável, para a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais e capital de giro, constante da Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007 em que pese aquelas deficiências apontadas.

241. No voto condutor da deliberação adotada na origem, consignei que os apontamentos se referiam ao fato de que a análise inicial dessa solicitação de apoio financeiro, realizada por meio da instrução de enquadramento da operação – IP AP/DEPRI 592/2007 – apresentou diversas falhas e irregularidades: (a) foi elaborada em apenas dois dias úteis (§ 23 da instrução); (b) de forma bastante superficial, contendo informações imprecisas e incorretas (§ 31 da instrução); (c) resumiu-se quase que integralmente à transcrição de dados apresentados na consulta e em apresentações realizadas pela empresa (§§ 24 e 25 da instrução); (d) apresentou grande número de inconsistências (§§ 26 a 48 da instrução), tais como: (i) ausência de observação do modelo de instrução de enquadramento, especialmente ausência de determinadas informações contábeis e de perspectivas de geração de empregos (§§ 26 a 28 da instrução); (ii) falhas na apresentação dos objetivos da operação (§§ 29 e 40 a 42 da instrução); (iii) apresentação de quadro de usos e fontes excessivamente simplificado e com informações contraditórias com o texto do documento (§ 30 da instrução); (iv) análise de exposição do banco à empresa com elementos contraditórios e/ou incorretos (§§ 32 a 35 da instrução); (v) análise de risco da empresa imprecisa uma vez que incluiu informações referentes à holding (§§ 36 a 38 da instrução); e (v) elevada imprecisão na estimativa de diversos valores relacionados à empresa solicitante do apoio (§§ 43 a 45 da instrução).

242. Em suas razões de justificativa, e em apertada síntese, os responsáveis procuraram defender a inexistência das irregularidades apontadas, aduzindo que a competência das equipes de instrução de enquadramento é limitada e objetiva e que não possuem atribuição ou responsabilidade por aprofundar ou detalhar o exame dos pedidos apresentados como requerido pela fiscalização empreendida por este Tribunal, sendo o modelo de instrução evidenciador da qualificação sintética e

sucinta dos apontamentos, sem adentrar em questões de mérito, baseando-se em informações enviadas pelo postulante.

243. Segundo as defesas, a instrução de enquadramento consistiria em parecer sintético que visava subsidiar o então Comitê de Enquadramento e Crédito (CEC) na filtragem dos pedidos de apoio financeiro apresentados à instituição, a fim de que seguissem para efetiva análise e eventual aprovação pela competente Diretoria apenas aqueles que, após o exame preliminar e superficial típico do enquadramento, se revelassem adequados às políticas gerais da instituição.

244. E esse documento era elaborado por empregados da Área de Planejamento do Banco (mais especificamente, do então denominado “Departamento de Prioridades” - AP/DEPRI) cumprindo duas funções principais: (i) descrever o pleito tal como apresentado na carta-consulta da empresa postulante; e (ii) examinar, de forma resumida, a aderência da demanda às políticas gerais do Sistema BNDES, sem adentrar em seu mérito, econômico ou jurídico.

245. Já a atribuição do Comitê seria diminuta no contexto da operação, pois o que lhe cabia operacionalmente consistia apenas em deliberar sobre o enquadramento de pedidos apresentados ao Sistema BNDES nas políticas gerais vigentes, avaliando se a empresa postulante se encontra apta, em linhas gerais, a ter seu pedido de apoio financeiro analisado pela instituição. Defenderam que o CEC possuía limitada função, e de caráter meramente opinativo sobre o enquadramento da operação dentro das Políticas Operacionais do BNDES, já que cabia à Diretoria, e demais áreas técnicas, realizar a análise de mérito e de viabilidade da operação, não sendo o papel do CEC analisar o mérito ou a viabilidade das operações pretendidas.

246. Defenderam, no geral, a correção dos procedimentos adotados, o prazo para enquadramento, como sendo suficiente, e o alinhamento de suas ações aos normativos da instituição.

VI.1.1 – Conclusões e proposições da SecexFinanças

247. Na análise empreendida, a SecexFinanças reconheceu que não são aplicáveis a resolução revogada, indicada no acórdão, e dispositivos da Lei das S.A.s, os quais não se aplicam aos empregados arrolados, pois não integravam órgãos criados pelo estatuto do BNDES ou BNDESPar, afastando-se a hipótese do art. 160 da Lei.

248. Acolheu as alegações em relação ao “tempo exíguo” para elaboração da instrução de enquadramento, ante a apresentação de documentos que indicariam ter a análise do enquadramento se iniciado anteriormente à data registrada no sistema.

249. Considerou afastadas as irregularidades relativas à ausência de indicadores econômicos específicos e à ausência de análise detalhada do endividamento, haja vista a constatação de que a análise realizada na instrução que fundamentara o Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário havia se baseado em disposição normativa inaplicável à fase de enquadramento.

250. Por fim, entendeu não haver irregularidade na utilização de informações da holding na análise de riscos, tampouco na adoção da classificação de risco então vigente.

251. Concluiu, todavia, que efetivamente restou caracterizada (i) a elaboração de instrução de enquadramento sem a profundidade necessária em face da complexidade da operação e do volume de recursos envolvidos, com (ii) ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam aplicados, e (iii) sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira.

252. Assim, em instrução de mérito a unidade técnica propôs a rejeição parcial das razões de justificativas dos responsáveis, com consequente aplicação de sanção.

VI.1.2 – Pronunciamento do Ministério Público/TCU

253. A representante do Ministério Público/TCU, em linha divergente, entendeu que não restaram caracterizadas falhas suficientemente graves no enquadramento da operação de aquisição acionária da Bertin S.A. para ensejar a aplicação de penalidades aos agentes que aturaram nessa etapa.

254. Em sua visão a ausência de profundidade e de efetiva análise criteriosa são conceitos imprecisos, sendo necessário identificar os fatos específicos que conduziram a unidade a essa conclusão. Porém, examinando esses fatos, entendeu afastados motivos para a aplicação de sanções.

255. De acordo com a Procuradora-Geral os normativos mencionados pela unidade instrutiva não estabeleciam o grau de profundidade requerido para a análise e tampouco se extrai deles que tal análise deveria ter sido realizada de forma mais aprofundada do que a efetivamente realizada no enquadramento.

256. A seu ver o modelo de instrução de enquadramento, constante do anexo II à Resolução 1358/2006, que contém os tópicos “Histórico Sucinto e Contexto Operacional”, “Relacionamento com o Sistema BNDES”, “Controle de Capital”, “Dados Econômico-Financeiros”, “Objetivos”, “Dados de emprego”, “Quadro sintético de usos e fontes”, “Garantias oferecidas”, “Limite de Risco (Política de Crédito)”, “Síntese Macroambiental”, “Considerações, proposta e recomendações” não dispõem sobre o grau de profundidade requerido, o mesmo acontecendo em relação aos demais normativos aplicáveis a essa etapa.

257. Além disso, entende que, conforme demonstra o fluxo da operação previsto na Resolução 1.463/2007 (art. 3º), a própria apresentação do projeto é etapa posterior ao enquadramento. O termo enquadramento seria utilizado para designar a etapa inicial do fluxo, que sugere o propósito de verificar se o pedido se encaixava nas políticas do banco, de maneira que não se poderia descartar a hipótese alegada pelos responsáveis de que requeria essa fase análise sucinta, tal qual um filtro para prosseguir à etapa de análise apenas dos pedidos a princípio adequados às políticas da instituição e essa estaria alinhada à Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior, posteriormente sucedida pela Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP).

258. Essa PDP foi lançada em maio de 2008, pouco após a elaboração da instrução de enquadramento e do relatório de análise (outubro de 2007 e março de 2008, respectivamente), motivo provável pelo qual não foi citada nos referidos documentos, mas a seu ver seria razoável concluir que já houvesse orientações no sentido do incentivo à consolidação/expansão de empresas com projeção internacional e capacidade competitiva do setor de carnes, não só pela proximidade temporal com o lançamento da PDP, como pelo fato de o referido programa ter sido antecedido pela Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), que já sinalizava nessa direção, conforme se depreende de estudo da ABDI, publicado em 2006.

259. Quanto à ausência de demonstração dos benefícios em termos de geração de emprego, embora reconheça que o modelo de instrução de enquadramento vigente continha campo de dados de emprego, o qual, segundo a descrição exemplificativa constante do próprio campo, deveria conter a quantidade de empregados da empresa pleiteante e a quantidade esperada de aumento/redução do efetivo com a implementação do projeto, bem assim que a instrução de enquadramento deixou de apontar a quantidade de empregos gerados com o projeto, defende que:

“114. Não obstante essa ausência, a omissão em questão não é suficiente, por si só, para ensejar o julgamento pela irregularidade das contas e a aplicação de multa aos responsáveis. Como visto, é possível extrair dos autos que o objetivo precípua do aporte de recursos na Bertin foi contribuir para a consolidação/expansão da liderança mundial no setor de carnes, o que se ajustava às políticas públicas da época, notadamente por ser um objetivo expressamente declarado na PDP. Assim, não se pode considerar como erro grosseiro a premissa de que a avaliação dos benefícios a serem alcançados, inclusive a geração de empregos, tenha sido compreendida na formulação da política pública. Ademais, os dados sobre geração de empregos também seriam apresentados na fase de análise, de modo que a omissão dessa informação na fase de enquadramento pode ser considerada como impropriedade, ensejando tão somente a ressalva das contas dos responsáveis”.

260. Aponta, ainda, que a operação de aquisição acionária da Bertin pelo BNDESPar havia sido objeto de exame, embora superficial (pois não constava do escopo da fiscalização), por equipe de auditoria do TCU no âmbito do TC 013.940/2009-6, tendo constado expressamente do relatório do Acórdão 3.142/2010-Plenário a percepção da sua compatibilidade com a Política de Desenvolvimento Produtivo. Mesmo entendendo-se que tal exame não fez “coisa julgada”, não impedindo a reanálise da questão de forma mais aprofundada, trata-se de elemento adicional em desfavor da caracterização do enquadramento da referida operação como erro grosseiro.

VI.1.3 – Exame deste Relator

261. É de se notar que a estratégia adotada pela defesa foi a de considerar que o processo de enquadramento possuía uma importância bastante reduzida no fluxo da operação, de sorte a constituir mero filtro para as fases seguintes, o que em realidade não condiz com as evidências coletadas por este Tribunal.

262. A fase de enquadramento não é uma mera fase de filtragem e não se pode diminuí-la no contexto e fluxo das operações bilionárias como a em questão. Fosse essa a linha não se teria a instalação de um Comitê de Enquadramento e Crédito composto por grande quantidade de superintendentes da instituição financeira, a decidir sobre a aceitação, ainda que para uma mais profunda avaliação, dos pleitos formulados.

263. Quanto ao argumento de que as normas não dispunham sobre o nível de profundidade, seria demais requerer que contivessem expressões analíticas do comportamento esperado para essa fase em nível de detalhamento tal que necessitasse dizer aos técnicos da instituição que suas análises deveriam se dar em profundidade compatível com os volumes de recursos envolvidos na operação e com o zelo requerido para com os recursos da instituição financeira pública, pois tal seria dizer o óbvio, e dizer o comportamento que seria já esperado pelo simples fato de se tratar uma instrução de enquadramento a ser levada a um comitê para aprovação.

264. Com efeito, a Resolução 1.463/2007-BNDES já dedicava extenso texto (todo um capítulo) ao enquadramento. E referida norma, em seu Anexo I, art. 11, inciso IX, reafirmou a importância da Instrução de Enquadramento (IE) quando estabeleceu que a unidade técnica responsável pela apreciação da Carta Consulta entregue pelo postulante deveria apresentar **proposta e justificativa** para o acolhimento ou não da operação.

265. Conforme aludido na instrução, a Res. 1.797/2009-BNDES, que alterou a Resolução 1.463/2007-BNDES, e que vigia quando do Enquadramento do apoio à incorporação da Bertin pela JBS, manteve os mesmos termos da norma anterior, apenas alterando, nessa parte, a numeração dos artigos. Estabeleciam que a análise do Enquadramento deveria ser elaborada em até trinta dias, podendo esse prazo ser prorrogado por mais quinze dias e, caso a instrução de enquadramento não se revestisse de alguma importância, ou seja, se fosse apenas um documento meramente burocrático, um mero filtro, as normas prescreveriam apenas um ou dois dias para sua elaboração e não até 45 dias.

266. Além disso, o enquadramento já estipulava um patamar para o apoio financeiro pretendido, o que evidenciaria que não se avaliava apenas o alinhamento a determinada política operacional, mas também o valor do pleito, o qual influenciaria tanto na análise dos riscos envolvidos quanto dos benefícios esperados.

267. Ora, se o ato de “enquadrar” uma operação significava dizer que ela estava entre as prioridades do BNDES, a partir da análise de sua adequação às Políticas Operacionais, tratava-se, já desde essa ocasião, de uma análise do merecimento de um possível apoio da instituição, que deveria ser realizado de forma cuidadosa, com uma instrução de enquadramento que apontasse o alinhamento da operação às prioridades estabelecidas pelo BNDES, ou seja, em qual ou quais políticas o apoio se enquadrava, bem como os retornos esperados.

268. Releva ainda mencionar que no tocante ao acolhimento das razões de justificativa sobre o prazo exíguo relativo à elaboração da instrução de enquadramento, deve ser parcial.

269. Com efeito, os responsáveis aduzem que para chegar à conclusão de que a instrução de enquadramento da operação Bertin foi elaborada em prazo exíguo, esta Corte considerou, a partir dos

registros do Sistema OPE, que a carta consulta da empresa teria sido apresentada em 26/10/2007, sendo a instrução de enquadramento concluída e assinada em 30/10/2007.

270. Alegam que este Tribunal teria desconsiderado, contudo, diversos documentos anexados aos autos que comprovariam o início da tramitação do pleito, ao menos, desde agosto de 2007, notadamente cópia de e-mail enviado em 11/10/2007 pela Área Operacional, solicitando formalmente a uma das unidades o início do trabalho de enquadramento, com juntada, para tanto, inclusive, da minuta de carta-consulta então já formulada pela companhia postulante dos recursos, o que comprovaria o dispêndio efetivo, pelo AP/DEPRI, de pelo menos 19 dias com o enquadramento da operação Bertin (peça 466, p. 143).

271. Um dos motivos para o prazo curto no sistema seria a praxe existente, à época dos fatos, de início das tratativas e exame dos pleitos dessa natureza antes mesmo de seu registro no OPE, a fim de evitar o vazamento de dados sigilosos das companhias.

272. A unidade instrutiva ponderou que a questão giraria em torno, então, de acatar ou não o argumento de que a análise do pleito se iniciou antes da data de registro da consulta no sistema, concluindo ser razoável tal alegação, embora o próprio documento, à p. 19, na qual se inicia a apresentação gráfica da reestruturação do Grupo Bertin, apresente como data “Outubro 2007”. Todavia, além do e-mail apresentado, pondera haver outros documentos trazidos nas defesas dos responsáveis pela Análise da operação (v. item 3.3.3. da instrução) que apontam para atividades de análise já em agosto e setembro de 2007.

273. Conquanto razoável crer que a análise do enquadramento se deu em prazo maior, em razão dessas evidências, entendo que a constatação de que a BNDESPar relevava o registro formal das operações em prol de uma suposta manutenção de sigilo revela a pouca confiabilidade de como se desenvolviam as fases pretéritas à aprovação das operações, ou seja, o enquadramento e a análise propriamente dita da operação.

274. De se concluir, ao menos, pela pouca confiabilidade do prazo dedicado a essas fases, haja vista que os registros formais não representaram o que de fato ocorria, situação que pode até mesmo suscitar suspeições sobre o relacionamento entre gestores do BNDES e grandes empresas, como era o caso, de sorte a conferir indevido tratamento privilegiado, como observado em outras operações como aquelas realizadas junto à JBS. Essa pouca confiabilidade foi com veemência ressaltada no texto da deliberação originária desta TCE.

275. De qualquer maneira, mesmo acolhendo parcialmente tal argumento, para fins de não imputação de sanção em face de tal suposta exiguidade, mantém-se a percepção de que não há precisão sobre o grau de dedicação ou de profundidade requeridos para o efetivo enquadramento da operação tal como requerido em aporte de vultosa soma de recursos a empresa que sequer possuía suficiente transparência sobre suas demonstrações financeiras, haja vista tratar-se ainda de empresa de capital fechado, com nível de governança já àquela época questionável.

276. Em que pese essas ressalvas, acompanho a proposição do Ministério Público/TCU no sentido da não aplicação de sanção aos referidos responsáveis que laboraram nessa fase de enquadramento, e o faço especificamente no caso concreto destes autos e conforme as razões que apresento a seguir.

277. Exerço tal juízo, alinhado à proposição final da d. Procuradora-Geral, por levar em consideração que algumas falhas foram consideradas afastadas no exame consignado na instrução, bem assim diante do menor grau de participação na aprovação da operação nos moldes em que realizado pela BNDESPar, que, evidentemente, comporta maior responsabilidade às fases seguintes do fluxo dos apoios requeridos, à luz, especialmente, dos parâmetros indicados na Lei 13.655/2018 (que inseriu novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB). Dessa forma, considerando o fato de que não se imputa dano nestes autos, a avaliação de eventual dosimetria de pena, nas circunstâncias aqui avaliadas, me conduziria a atribuir sanções em patamares significativamente inferiores aos responsáveis que laboraram nesta fase, comparativamente aos demais, de tal maneira que até mesmo o custo da cobrança tornar-se-ia inviável em relação a eles,

ponderação essa que deve ser feita à luz do disposto no art. 22 da LINDB, pois como versa o referido dispositivo, “§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente” (grifei).

278. Assim, em conformidade com esse juízo, penso que as razões de justificativas dos referidos responsáveis devam ser parcialmente rejeitadas, sem, contudo, aplicar-lhes sanção.

VI.2 – Fase de análise da operação

279. Eduardo Rath Fingerl, José Claudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Bruno Lintz dos Santos, Fabio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Fernando Americo de Rezende Neto, Jorge Luiz Sozzi de Moraes, Rafael Petrocelli, e Renato Francisco Martins foram chamados em audiência por determinação deste Relator no item 11-a do Despacho que proferi à peça 207 do processo originador, por terem elaborado o Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 por meio do qual propuseram a aprovação, pela Diretoria, da operação de apoio financeiro a Bertin S.A., na modalidade de renda variável, no valor de até R\$ 2,5 bilhões, para a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais e capital de giro contendo diversas falhas de análise:

a) elaborado em tempo exíguo, 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, com falta de zelo com os recursos públicos, demonstrada na ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos, já que o Plano de Negócios apresentado para respaldar a operação não indicava onde efetivamente os recursos seriam aplicados e sem demonstrar que benefícios em termos de geração de empregos o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, contrariando não só a missão e os valores do BNDES, seu objetivo principal, insculpido no art. 3º de seu estatuto e o objeto social da BNDESPar, definido no art. 4º, inciso II, do seu estatuto, mas 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;

b) que não continha um levantamento apropriado do endividamento da recém-criada Bertin S.A., não adotando o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios;

c) 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 com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA, sem ter o cuidado e a diligência que o homem médio costuma empregar na administração dos seus próprios negócios;

d) que propunha a realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira - conforme se poderia constatar por meio de mera análise dos demonstrativos financeiros da companhia, procedimento esse necessário quando se trata de aquisição de participação acionária em outras empresas -, que redundou em operação financeira de elevado risco, o que constitui gestão temerária dos recursos da BNDESPar;

e) que, embora a empresa Bertin, por ocasião da participação societária promovida pelo BNDES, já tivesse ultrapassado o limite máximo de exposição à referida companhia em pelo menos R\$ 207.069.710,00, expondo o BNDES a desnecessário risco financeiro, propunha a realização da operação.

280. Jorge Luiz Sozzi, no entanto, teve a responsabilidade afastada, com a insubsistência de sua audiência, em virtude de seu falecimento, permanecendo a responsabilidade nos autos apenas em

relação ao débito imputado pelo Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. Afastada a imputação de dano, deve ser ele excluído do rol de responsáveis.

281. De se ressaltar que essas irregularidades também ensejaram as citações de responsáveis por débito que foi apontado em decorrência das mesmas falhas, conforme subitem 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

282. Em suas defesas os responsáveis aduziram, em apertadíssima síntese, a regularidade do tempo de análise da operação e dos procedimentos adotados, a não obrigatoriedade de realização de “due diligence”, a existência e efetiva apresentação de benefícios econômicos e sociais para o país, que a análise foi aprofundada e respeitou os normativos aplicáveis, que o limite de exposição não foi ultrapassado e houve análise criteriosa da destinação dos recursos, bem assim ter sido realizada adequada análise da situação econômica e financeira da Bertin S.A.

VI.2.1 – Conclusões e proposições da SecexFinanças

283. A análise empreendida na instrução conduziu à confirmação das imputações relativas à: ausência de análise criteriosa de onde os recursos seriam efetivamente aplicados; ausência de demonstração dos benefícios que o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, especialmente em termos de geração de empregos; ausência de levantamento apropriado do endividamento da recém-criada Bertin S.A.; existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA; ausência de análise do limite máximo de exposição à Bertin, bem como da efetiva ultrapassagem desse limite; proposta de realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira; atribuição de valor superior ao justo para a Bertin S.A., por ocasião do aporte, com o consequente recebimento, pela BNDESPar, de quantidade de ações inferior à devida.

284. O auditor instrutor acolheu as alegações relativas à suposta exiguidade de tempo de análise, tendo em vista a existência de indícios de que a análise se iniciou antes das datas informadas no sistema, bem assim acolheu as defesas em relação à ausência de *due diligence*, porquanto não havia norma que impusesse sua realização, embora fosse medida recomendável.

285. Assim, em linhas gerais, entendeu a instrução que as razões de justificativa deveriam ser rejeitadas parcialmente, implicando na aplicação de sanção aos responsáveis pelo relatório de análise.

286. Entretanto, a SecexFinanças posicionou-se, em relação a alegações individuais sobre as condutas dos responsáveis, no sentido do acolhimento das razões de justificativa dos advogados signatários do relatório de análise integrantes do corpo jurídico, os gerentes jurídicos Bruno Lintz dos Santos e Fernando Américo de Rezende Neto (Jorge Luiz Sozzi, integrante do corpo jurídico, já era falecido).

287. O entendimento da unidade instrutiva foi de que não lhes foi feita qualquer imputação específica, respondendo eles pela assinatura do relatório de análise com as falhas identificadas, assim como os demais responsáveis que assinaram conjuntamente esse relatório, mas a verificação da insuficiência das informações não seria tão óbvia para um advogado, ainda que fossem lotados nas áreas operacionais, o que lhes dava algum conhecimento das operações. Ao ver do auditor não parece possível afirmar que, ao não identificar que era insuficiente o grau de detalhamento das aplicações dos recursos ou dos benefícios esperados, eles tenham incorrido em erro grosseiro, a possibilitar sua responsabilização.

288. Apesar dessas ponderações, reitera conclusão anterior de que o relatório de análise é um documento propositivo e não um parecer meramente opinativo, bem assim que, sendo os capítulos jurídicos parte do relatório, também assinado por advogados, não é possível acatar que apenas a parte jurídica fosse um parecer.

289. Dessarte, com exceção dos dois responsáveis mencionados, a proposição da unidade é no sentido de rejeitar as razões de justificativa dos demais responsáveis, Srs.(a) Eduardo Rath Fingerl, José Cláudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Rafael Petrocelli, e Renato Francisco Martins, com a aplicação de sanção.

VI.2.2 – Pronunciamento do Ministério Público/TCU

290. Em extenso exame dessa fase, o pronunciamento da representante do Ministério Público neste feito acompanhou em parte a análise e proposições da SecexFinanças, divergindo em relação a diversos pontos.

291. Como visto no relatório precedente, compreendeu que assim como observado em relação à etapa de enquadramento, o grau de profundidade requerido para a etapa de análise não era detalhado nos normativos do BNDES então vigentes, ou, pelo menos, não há menção nesse sentido nos exames empreendidos até o momento pelo Tribunal, bem assim que os itens 9.4.1.1 a 9.4.1.5 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, que também descreveu as falhas durante a elaboração do relatório de análise, porém para fins de citação, teriam descrito condutas e critérios para caracterização das irregularidades com base em normas de elevado nível de abstração. A seu ver, nenhuma das normas apontadas especificaria o conteúdo ou o nível de profundidade exigido do relatório de análise de investimentos da BNDESPar em renda variável.

292. Ressaltou, todavia, que isso não significaria que os atos não seriam passíveis de responsabilização, mas apontaria para um maior cuidado no exame, de sorte a atribuir razoável certeza para além de uma zona cinzenta sobre a violação dos deveres de diligência, probidade ou lealdade, levando em consideração ainda o disposto no art. 28 da LINDB.

293. Em apertada síntese, entendeu a Procuradora-Geral que:

a) de forma geral, é possível perceber, na linha das alegações dos responsáveis, certa aderência da operação às políticas operacionais do banco combinadas com a Política de Desenvolvimento Produtivo, embora haja particularidade que impede afirmar a total aderência;

b) mesmo que parte (ou a maioria) das informações utilizadas no relatório de análise e na instrução de enquadramento tenham sido fornecidas pela postulante, não parece haver controvérsias sobre o fato de que a Bertin, cliente tradicional do BNDES, estava entre as principais empresas do país no setor de carnes, com dezenas de unidades no país e algumas no exterior, sendo que nos seus dois principais ramos de atuação, carne e couros, parcela expressiva do seu faturamento era proveniente de exportações;

c) sobre a previsão de aplicação dos recursos investidos no aporte, o plano de negócios teria apresentado certo detalhamento dos investimentos em modernização e expansão (capex), especificando as unidades produtivas da Bertin nas quais seriam aplicados os recursos, respectivos valores, destinação da produção (se a produção se destinava para exportação, ou se a unidade era habilitada para tanto, ou localizada em estado habilitado) e análise de viabilidade;

d) além disso, quanto às aquisições de empresas, o plano de negócios apresentou operações já realizadas, relativas à Vigor (Brasil), Sampco (EUA) e Misr Cold Store (Egito/Cairo Alexandria), bem como operações em andamento/perspectiva, sendo cinco nacionais (Aurora, Perdigão, Mogiana, Nutriara e Ceratti) e quatro estrangeiras (Rigamonti/Itália, Campofrio/Espanha, Fiorucci/Itália e Zimbo/Alemanha). Constaram ainda análises de viabilidade de empresas, mas apenas para operações já realizadas (Vigor e Sampco);

e) o quadro de usos e fontes do relatório de análise previa que o valor para modernização/expansão incluía o giro associado e o valor para internacionalização/aquisições incluía recomposição da estrutura de capital em função das aquisições já realizadas;

f) é possível concluir que havia indicação de onde os recursos seriam aplicados, embora, de fato, pudesse ter havido maior detalhamento com a segregação dos valores estimados para cada aplicação (capex, giro associado, aquisições e melhoria da estrutura de capital). Contudo, considerando que não havia (ou não foram apontadas na fundamentação das audiências e citações) normas do BNDES que detalhassem o conteúdo do relatório de análise a esse nível, bem como a alegação dos responsáveis da necessidade de flexibilidade no apoio a plano de negócios, não há elementos objetivos para se afirmar que indicação constante do quadro de usos e fontes não representava satisfatoriamente onde os recursos seriam efetivamente aplicados;

g) aquisições previstas, por sua vez, foram apresentadas como possibilidades – sujeitas a comprovação por ocasião do aporte – e, segundo afirmado no relatório de análise, não foram consideradas no *valuation* da Bertin;

h) falha de maior gravidade, e que constou especificamente na descrição das condutas irregulares anteriormente à oportunidade para o exercício de defesa e do contraditório, consistiu na ausência do levantamento apropriado do endividamento;

i) considerando que a etapa de análise compreendia o exame da viabilidade da colaboração financeira ao postulante (art. 24 da Resolução BNDDES 1.463/2007), bem como a magnitude do valor autorizado (R\$ 2,5 bilhão), é de se concluir que a ausência do levantamento apropriado do endividamento consistiu em falha grave, equiparável ao erro grosseiro, passível de responsabilização;

j) quanto à proposição de realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira e atribuição de valor superior ao justo para a Bertin, a despeito dos indícios apontados pela unidade técnica de que a análise dos demonstrativos da Bertin S.A. conduziria ao mesmo resultado da análise realizada com os da Bertin Ltda., não se considera possível a aplicação de penalidade com base na conclusão de que a empresa se encontrava em péssima situação financeira, sem que seja efetuada reanálise da situação financeira com base nos demonstrativos *pro forma* da Bertin S.A. – afinal, essa que foi objeto do investimento – e franqueado o contraditório, o que não se mostra oportuno neste estágio processual;

k) a estimativa do fluxo de caixa livre foi efetuada mediante extrapolação do período de 27/7 a 31/12/2007 para todo o exercício, o que a própria unidade técnica, na instrução de mérito, reconheceu não ser o ideal, em que pese o demonstrativo *pro forma* de 2007 apresentasse inconsistências e na própria manifestação que fundamentou o Acórdão 2.154/2008-TCU-Plenário, a unidade técnica já havia ressaltado que “não se pode fazer uma afirmação peremptória sobre o fluxo de caixa da empresa”;

l) embora haja evidências de que a Bertin já possuía elevado endividamento a curto prazo, sendo parte dele associado a *covenants* que fixavam relação máxima dívida líquida/ebitda, não há elementos suficientes para se afirmar, objetivamente, que isso fosse circunstância impeditiva, por si só, para a obtenção de novos financiamentos, até porque os *covenants* vinham sendo cumpridos.

294. O *Parquet* acompanha a unidade técnica sobre o acolhimento das defesas dos gerentes jurídicos conforme as razões ali aduzidas e, no que tange aos demais agentes, considerando que a falha que entende remanescente e passível de responsabilização seria a ausência de levantamento apropriado do endividamento, defende uma responsabilização mais restrita, levando-se em consideração as áreas de envolvimento dos signatários.

295. Nesse sentido, propõe o acolhimento das razões de justificativa de Jaldir Freire Lima, pertencente à área industrial.

296. Conclui, ademais, pela aplicação de sanção apenas aos signatários pertencentes à Área de Mercado de Capitais: José Cláudio Rego Aranha (chefe), Renato Francisco Martins (gerente), Fernanda Farah de Abreu Zorman e Rafael Petrocelli, ou ocupantes de cargos superiores na mesma linha hierárquica como Eduardo Rath Fingerl e Fábio Sotelino da Rocha, diretor e superintendente da AMC, respectivamente, em razão dos apontamentos que fez sobre o referido relatório de análise.

VI.2.3 – Exame deste Relator

297. Em linhas gerais, novamente acompanho a análise constante da instrução, ressaltando os pontos que com ela conflitam, explicitados nas linhas seguintes deste meu exame.

298. Divirjo em relação às responsabilidades apontadas. Entendo que tanto o corpo jurídico quanto os demais signatários do Relatório de Análise devem ser responsabilizados por este Tribunal. As circunstâncias pessoais relativas a cada um deles devem ser consideradas apenas para fins de dosimetria da sanção aplicada, haja vista que os fatos imputados não são, de maneira alguma, imperceptíveis à luz das funções por eles exercidas.

299. Devo ressaltar, a propósito, que a natureza do documento foi propositiva, e não de natureza meramente consultiva ou opinativa, conduzindo todos eles a assinarem os documentos propositivos, sem qualquer ressalva individual consignada.

300. Os advogados, inclusive, estavam lotados na Área de Mercado de Capitais, e sua função era a de dar sustentação jurídica ao documento. Questões como as apontadas sobre as falhas evidenciadas, inclusive as econômicas, não poderiam lhes escapar totalmente, como defendido na instrução. Penso eu que o corpo jurídico signatário desse documento deve também ser responsabilizado. A presença de vários integrantes do corpo jurídico, os quais representaram praticamente 1/3 do conjunto de assinaturas do relatório de análise, conforme se observa de suas assinaturas consignadas no documento constante da peça 100 p. 36 dos autos, por si só denota a importância de suas contribuições para a formatação da operação com todas as características necessárias a dar-lhe a sustentação pretendida por meio do Relatório de Análise, como venho ressaltando também em outras operações analisadas à época.

301. Segundo a Nota AJ/COJIN 025/2017 do BNDES (peça 192, p. 17 do TC-034.935/2015-0, originador desta TCE), na qual foi informada a atuação de signatários dos relatórios de análise, questionados em relação à operação da Swift (RAn AMC DEINV 3/2007 e AI/DEAGRO 17/2007):

“4) Aos advogados signatários do R.An, de acordo com as atribuições de seus cargos e do departamento em que eram lotados (AMC/DEJUMC) (...), **cabia dar suporte jurídico à análise da operação** (...) e respectiva contratação, mais especificamente: (a) zelando pela uniformização dos procedimentos de natureza jurídica, observando, inclusive, as normas aprovadas pela diretoria; (b) **orientando a companhia na elaboração dos documentos requeridos, em conformidade com os procedimentos e as normas internas**; (c) analisando a viabilidade jurídica da operação, objetivando a identificação dos aspectos pertinentes à administração, controle e alçadas decisórias da empresa investida; (d) elaborando contratos e aditivos contratuais; e (e) controlando a validade e autenticidade dos documentos fornecidos.

5) Tais atribuições deveriam ser exercidas sob a supervisão técnica do Gerente do AMC/DEJUMC, a quem, por sua vez, cabia atuar de acordo com o planejamento e organização determinados pelo Chefe de Departamento do AMC/DEJUMC. Da mesma forma que acima ressaltado, **todo esse trabalho deveria ser desenvolvido de acordo com as diretrizes e prioridades definidas pelo Superintendente da AMC e sob a direção executiva do Diretor da AMC**”

302. Conquanto essas afirmações se reportem a outro relatório de análise elaborado pelas equipes técnicas em 2007, são igualmente pertinentes às atribuições do corpo jurídico lotado na Área de Mercado de Capitais, no Departamento Jurídico de Mercado de Capitais – DEJUMC.

303. Não foi sem razão, portanto, a inclusão dos signatários do corpo jurídico nas citações e audiências determinadas nos autos, vez que a assinatura se dava conjuntamente e em equipe, especialmente considerando que o corpo jurídico que também assinou o relatório de análise integrava a Área de Mercado de Capitais, com possibilidade de conhecimento mais profundo dos detalhes das operações e dos debates/discussões sobre essa análise junto aos demais signatários, incluindo a possibilidade de questionar-lhes acerca de alguma lacuna nesses documentos.

304. Não se tratava, a meu ver, de opinião estritamente jurídica, como em um parecer jurídico, mas proposição com sustentação jurídica sobre a própria higidez da análise da operação.

305. Em relação à responsabilidade de Jaldir Freire Lima, entendo que a circunstância de ser representante da Área Industrial e não da Área de Mercado de Capitais deve de fato ser considerada em seu favor, de sorte que avalio, no caso concreto examinado, que não deva ser responsabilizado, na linha também proposta pela d. Subprocuradora-Geral.

306. Como o referido responsável foi citado também pelo débito, conforme o subitem 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, entendo deve ter as contas julgadas por este Tribunal. Penso,

assim, que em relação a ele a medida adequada é o julgamento pela regularidade com ressalvas das contas, de modo a dar-lhe quitação.

307. A respeito das irregularidades propriamente ditas, compreendo que a análise empreendida na instrução foi adequadamente realizada de sorte a acolher os pontos considerados suficientes para o afastamento das imputações e rejeitar aqueles que de fato não podem ser considerados aptos a tanto. O nível de detalhamento dispensa a reprodução por este Relator.

308. Em que pese isso, faço algumas considerações, notadamente, em face do exame empreendido pelo *Parquet* especializado.

309. Acerca do grau de profundidade da análise efetuado, entendeu o Ministério Público que as normas do BNDES não o detalhavam, e em que pese os apontamentos realizados na deliberação de origem nenhuma das normas apontadas especificaria o conteúdo ou nível de profundidade exigido do relatório de análise de investimento da BNDESPar em renda variável.

310. Em contraponto, ressalto novamente que exigir o detalhamento analítico em norma abstrata é praticamente inviável em face do grande número de possibilidades de exame e recursos a que os analistas, por assim dizer, poderiam recorrer para certificação das informações prestadas pelo proponente. Ademais, o zelo no trato do pedido é a maior diretriz no sentido de que fossem aferidas as condições da empresa pleiteante e do negócio propositivo.

311. Como já mencionei, seria demais requerer que as normas contivessem expressões analíticas do comportamento esperado para a etapa de apreciação em nível de detalhamento tal que necessitasse dizer aos técnicos da instituição que suas análises deveriam se dar em profundidade compatível com os volumes de recursos envolvidos na operação e com o zelo requerido para com os recursos da instituição financeira pública, pois tal seria dizer o óbvio, e dizer o comportamento que seria já esperado pelo simples fato de se tratar um relatório de análise que serviria de suporte a uma decisão de diretoria sobre o aporte de R\$ 2,5 bilhões em empresa privada de capital fechado.

312. Acerca do possível alinhamento à PDP, reportado pelo MPTCU, não é possível que se admita algum alinhamento em substituição ao pleno alinhamento, vez que se tratava de exame relativo ao apoio financeiro de significativa quantia e participação acionária da ordem de ¼ da empresa pleiteante. Como o próprio parecer da representante do Ministério Público reconheceu:

“197. Por outro lado, deve-se reconhecer que, apesar do aparente alinhamento dos objetivos pretendidos da operação com a PDP, exame mais detido do relatório de análise suscita dúvida, especificamente quanto ao apoio à aquisição da Vigor pela Bertin.

198. A aprovação do aporte de recursos do BNDES para apoiar o plano de negócios da Bertin possibilitou a aplicação de parte expressiva dos valores aportados (R\$ 1,079 bilhão, o que correspondeu a cerca de 90% do montante aplicado em aquisições) na aquisição da Vigor, empresa nacional do setor de laticínios, cuja relação com o pretendido objetivo de internacionalização da Bertin e sua consolidação como player mundial no setor de carnes (o que estaria alinhado com a PDP), não é clara.

199. Quando da elaboração do relatório de análise, já se sabia da aquisição da Vigor pela Bertin e do respectivo valor, de modo que já era possível prever que viria a consumir a parcela mais expressiva dos recursos aportados pelo BNDESPar para aquisições. Seria de se esperar, portanto, justificativa clara sobre o interesse público que se pretendia alcançar com essa destinação, ou de que forma ela contribuiria para o aumento das exportações e/ou consolidação/ampliação da posição de liderança da empresa investida no âmbito internacional, ou, ainda, para algum outro interesse público.

200. Cabe acrescentar que constou do voto condutor do acórdão que determinou as citações (Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário) questionamento do ministro relator sobre a ‘ausência de evidenciação da forma como os investimentos a serem realizados produziram os efeitos preconizados na Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP, especialmente quanto ao aumento das exportações brasileiras, política essa que, segundo alega o BNDES, daria fundamento e autorização para a realização da operação sob análise’.

201. Como estratégia associada à aquisição da Vigor, constou do relatório de análise tão somente ‘ampliação do portfólio (laticínios) e sinergias nos canais de distribuição’ (página 18 do relatório de análise - peça 1067 do TC 034.935/2015-0).”

313. Esse apontamento, a meu ver, milita de forma desfavorável aos responsáveis pela elaboração do relatório de análise e contra as demais considerações efetuadas pelo Ministério Público acerca do alinhamento à PDP. Ademais, a análise empreendida pela SecexFinanças reafirmou com veemência e com suporte no que consta do Relatório de Análise, o qual está juntado aos autos, que “548. No caso de operação de aporte na Bertin sequer há menção, no RAn, à PDP ou qualquer outra política de governo, ou a qualquer Política Operacional ou direcionador estratégico do BNDES. Assim, sobressaía ainda mais a necessidade de demonstração dos benefícios esperados com a operação.”.

314. Também devo ressaltar que o fato de Bertin à época ser cliente tradicional do BNDES não ampara a postura dos signatários de utilizar-se da maioria das informações fornecidas pelo próprio postulante para concluir pelo apoio nos moldes em que aprovados, sem exame crítico e mais profundo dessas informações, pois esse exame crítico é justamente o elemento primordial da análise.

315. Como evidenciado na instrução da SecexFinanças restou efetivamente confirmada a utilização, principalmente, de informações praticamente fornecidas pelo postulante dos recursos, a ausência de uma efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos e ausente a demonstração dos benefícios em termos de geração de empregos.

316. O próprio parecer do *Parquet* especializado reconhece que quanto à “ausência de efetiva análise criteriosa de onde os recursos seriam investidos”, de fato é possível apontar deficiências de fundamentação no relatório de análise que podem sugerir ausência de análise criteriosa, mais especificamente em relação aos benefícios para a sociedade que se pretendiam alcançar com alguns investimentos.

317. Afirma também o *Parquet* que quanto à proposição de realização de investimento em *equity* em empresa com péssima situação financeira e atribuição de valor superior ao justo para a Bertin, a despeito dos indícios apontados pela unidade técnica de que a análise dos demonstrativos da Bertin S.A. conduziria ao mesmo resultado da análise realizada com os da Bertin Ltda., não se considera possível a aplicação de penalidade com base na conclusão de que a empresa se encontrava em péssima situação financeira, sem que seja efetuada reanálise da situação financeira com base nos demonstrativos *pro forma* da Bertin S.A. – afinal, essa que foi objeto do investimento – e franqueado o contraditório, o que não se mostra oportuno neste estágio processual.

318. Em acréscimo, aponta que a estimativa do fluxo de caixa livre foi efetuada mediante extrapolação do período de 27/7 a 31/12/2007 para todo o exercício, o que a própria unidade técnica, na instrução de mérito, reconheceu não ser o ideal, em que pese o demonstrativo *pro forma* de 2007 apresentasse inconsistências e na própria manifestação que fundamentou o Acórdão 2.154/2008-TCU-Plenário, a unidade técnica já havia ressaltado que “não se pode fazer uma afirmação peremptória sobre o fluxo de caixa da empresa”.

319. Essas circunstâncias foram apontadas para afastar, como fundamento à aplicação de sanção, as demais falhas imputadas na análise relativas à possível sobreavaliação de Bertin.

320. Todavia, o que se verifica é justamente que os erros, lacunas e fragilidades apontados foram coletados justamente do relatório de análise, demonstrando claramente que a análise padecia de erros grosseiros e que conduziram a grandes riscos no aporte realizado pela BNDESPar, incluindo a sobreavaliação da empresa investida, seja com base em informações econômico-financeiras, seja em decorrência do próprio endividamento da empresa.

321. Nesse sentido, para melhor compreensão é necessário reproduzir novamente o seguinte trecho da análise da SecexFinanças sobre o mérito das alegações e razões de justificativa apresentadas:

“579. Outra alegação apresentada é a de que a relação Dívida Líquida/EBITDA ostentada pela empresa estaria em linha com a de outras empresas em ‘operações semelhantes’ (v. parágrafo 495). A tabela produzida, no entanto, apresenta dados incorretos. A Minerva S.A., por exemplo, conforme se extrai de suas demonstrações financeiras de 2007, apresentava Dívida Líquida de R\$ 160,1 milhões, Dívida Líquida/EBITDA de 1,3, e captou R\$ 370 milhões no IPO, números muito diferentes dos apresentados pela

defesa e melhores que os da Bertin, ao contrário do alegado. E mesmo antes do IPO, que ocorreu em julho de 2007, o referido indicador era de 2,9 e a dívida líquida de R\$ 353,3 milhões.

580. A incorreção dos dados referentes à única empresa do setor entre as informadas pela defesa já derruba por completo a alegação, dispensando a conferência dos números das demais empresas citadas.

581. É de se notar, também, que o Relatório de Análise, ao apresentar a 'Avaliação Relativa', com análise comparativa com as demais empresas do setor (p. 27-28 do RAn), não destaca o indicador Dívida Líquida/Ebitda ou qualquer outro indicador de endividamento.

582. Foi dada ênfase, na referida avaliação relativa, às margens de lucro, especialmente à Margem Líquida, ressaltada pelas defesas, que apresentava, na tabela produzida, valores favoráveis à Bertin. No entanto, outros indicadores de lucratividade, que não seriam favoráveis, não foram apontados, como o retorno sobre *equity* (ROE) ou retorno sobre ativos (ROA).

583. Como apontado no Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, os números apresentados no item 4.1 do RAn carecem de confiabilidade. Alega-se que foram retirados de demonstrativos pró-forma auditados, mas há inconsistências que saltam aos olhos, como por exemplo, Receita Operacional Líquida e Lucro Líquido de 2007, cujos números se referem, o primeiro, ao consolidado, o segundo, à controladora.

584. O valor da Receita Operacional Líquida consolidada informado também causa estranheza em relação aos demonstrativos parciais de 2007. Inicialmente, o demonstrativo pró-forma elaborado para os nove meses findos em 30/9/2007 apontou o valor de R\$ 3.335.081 mil. Já a demonstração dos resultados elaborada para o período de 27/7 a 31/12/2007 apresenta o valor de R\$ 1.422.802 mil. Como os dois períodos se sobrepõem entre 27/7 e 30/9/2007, parte da receita foi considerada nos dois demonstrativos, donde se conclui que o resultado para todo o exercício deveria ser inferior à soma dos dois valores (R\$ 4.757.883 mil). No entanto, o demonstrativo pró-forma para todo o exercício de 2007 apresentou a Receita Operacional Líquida de R\$ 5.187.391 mil, maior que a soma. (Peça 1444, p. 23)

585. Já para a controladora, a Receita Operacional Líquida registrada para todo o exercício de 2007, no respectivo demonstrativo pró-forma, coincidia com a soma dos valores para os dois períodos indicados anteriormente. Como já colocado, o valor deveria ser menor.

586. A dúvida sobre a correção do valor da Receita Operacional levaria, naturalmente, a dúvida sobre o valor do Ebitda e, conseqüentemente, do valor do indicador Dívida Líquida / Ebitda, o qual é apontado no RAn como tendo evolução favorável. Pesa a favor dos responsáveis o fato de que o demonstrativo pró-forma de 2007 foi auditado pela BDO Trevisan. Porém, considerando que a mesma firma auditou os demais demonstrativos pró-forma; que ela não apresentou qualquer ressalva ou observação sobre a divergência apontada; que não se trata de demonstrativo escriturado nos livros oficiais; que se tratava de operação de R\$ 2,5 bilhões em empresa com alto endividamento, era de se esperar maior diligência dos responsáveis em checar as informações. A suposta redução do indicador Dívida Líquida / Ebitda decorreu, exclusivamente, do expressivo aumento no Ebitda, o qual devia ser apurado e sua origem (além da própria correção) anotada.

587. Anote-se que o demonstrativo pró-forma de setembro/2007 serviu de base para a avaliação financeira da Bertin S.A., conforme item 4.2 do RAN.

588. O apontamento feito nos parágrafos anteriores não apresenta nova evidência ou fundamentação de irregularidade, sendo feito com o único objetivo de refutar as alegações de que a análise foi feita com o devido zelo e que os indicadores apontavam para uma boa saúde financeira da Bertin. Na verdade, o que se evidencia é que a análise selecionou indicadores que seriam mais favoráveis à empresa, bem como se baseou em dados, no mínimo, duvidosos e conflitantes. Isso ratifica as imputações realizadas no Despacho de 14/3/2018 e no Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário.

589. O fato de haver garantias da Bracol Ltda. e da Heber Participações sobre algumas dívidas não altera o seu valor, ainda que pudesse contribuir para um menor risco de solvência. Observe-se que a alegação é contraditória com outras justificativas apresentadas, como a mencionada no parágrafo 389, no sentido de que seria 'indispensável (...) para fins de aferição de níveis e índices de endividamento da Bertin, não confundir os números da Bertin [S.A.] - objeto do investimento da BNDESPAR - com os do restante do grupo' (peça 420, p. 34).

590. A alegação é incoerente, também, com as justificativas para a reestruturação da Bertin, que teria como lógica segmentar os ativos operacionais geradores de caixa, com forte sinergia entre si, segregando-os de outros negócios do grupo empresarial.

591. O Tribunal não ignorou a diferença entre as empresas, nem os demonstrativos pró-forma, nem as garantias das controladoras do grupo. O que se apontou foi que os números da Bertin S.A. indicavam alto endividamento, o que as defesas não logram afastar.

592. A alegação de que a agência Moody's não alterou a percepção de risco resultante dos planos de reorganização societária da Bertin em nada muda as constatações do processo. Em primeiro lugar, a unidade técnica e o Relator em nenhum momento questionaram a reorganização em si, sequer atribuíram a má situação financeira da empresa a esse movimento societário. Em segundo lugar, **a Moody's manteve, tanto para a Bertin quanto para os títulos (notes) emitidos, um rating ruim (Ba3), em perspectiva estável (sem sinalização de melhora).**

593. Segundo a própria Moody's (Símbolos e Definições de Rating), 'Obrigações classificadas como Ba são consideradas **especulativas e estão sujeitas a substancial risco de crédito**'. Em relação aos emissores, Ba representa 'Emissores (...) considerados de **força financeira intrínseca ou autônoma especulativa**, e são sujeitos a um risco de crédito substancial na ausência de qualquer possibilidade de suporte extraordinário de uma afiliada ou do governo'. O modificador numérico 3 após a nota Ba corresponde ao pior dos três níveis em que se divide o rating. (destaques acrescidos)

594. Em relação à auditoria externa – BDO Trevisan –, caberia a ela, de fato, se manifestar sobre a capacidade de continuidade operacional da empresa, caso identificasse riscos que a pusessem em dúvida, conforme exigia a NBC T 11.10. Deve-se reconhecer que a ausência dessa manifestação é um indício de inexistência desse risco específico, qual seja, de interromper suas atividades em período inferior a um ano após a data das demonstrações auditadas, como define a norma.

595. De fato, a afirmação de que a empresa estava 'em estado quase falimentar' pode não se confirmar, em relação ao momento em que se deu a aprovação da operação, especialmente se considerada a definição contábil de continuidade operacional. Porém, não estar, tecnicamente, nessa situação extrema não significa que a empresa gozava de boa saúde financeira. Ao contrário, o que se observa é que havia uma situação de alto endividamento, sendo a maioria das dívidas com vencimento em até dois anos, conforme demonstrado na p. 22 do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. E isso não recebeu o devido tratamento no Relatório de Análise.

596. A existência de endividamento em moeda estrangeira, de fato, é normal, como alegado pelos defendentes, assim como as cláusulas restritivas (covenants). O que foge à normalidade e deveria ser devidamente analisado e reportado é que esses covenants estipulavam o valor máximo de 3,5 para a relação Dívida Líquida/EBITDA, a qual já estava havia anos em patamares superiores a 4. O estabelecimento de covenants é prática usual no mercado financeiro, como alegado, inclusive, em contratos de financiamento celebrados pelo BNDES, para estabelecer limites a determinados parâmetros financeiros. E se há essa preocupação é porque esses parâmetros são importantes.

597. Essa alegação apenas confirma o que a análise técnica do Tribunal apontou: o endividamento era alto. Inclusive quando medido pela relação Dívida Líquida/EBITDA. E o primeiro documento produzido no acompanhamento da operação (Informação Padronizada IP AMC/DEPAC 127/08, de 4/9/2008) indicou o que não foi explicitado no RAN: buscava-se, com o aporte da BNDESPAR, reduzir o indicador 'aproximando-o dos 3,5x permitido pelas restrições financeiras'.

(...)

601. Por outro lado, assiste razão aos responsáveis quanto à utilização de dados da Bertin Ltda. nos cálculos realizados, em lugar dos números da Bertin S.A. A mesma conclusão se aplica a outros indicadores calculados no âmbito da unidade técnica, apresentados nas páginas 90 e seguintes do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário. Registre-se que os valores considerados no RAN foram os oriundos do demonstrativo pró-forma elaborado para os exercícios 2005 e 2006 (peça 1446), além do pró-forma de 2007, enquanto os cálculos acima citados utilizaram os números da Bertin Ltda, o que prejudica algumas comparações realizadas.

602. Há indícios de que, se refeitos os cálculos para a Bertin S.A., com os números dos demonstrativos pró-forma, também se chegaria a índices desfavoráveis, principalmente ante o fato de que vários dos números principais de balanço e de resultado da Bertin S.A. apresentados correspondem a mais de 90% dos valores da Bertin Ltda.:

(...)

603. Com efeito, a representatividade da Bertin S.A. frente à Bertin Ltda., especialmente em relação ao faturamento, deixa evidente que as análises de uma e de outra não poderiam se afastar muito.

604. Em relação ao exercício de 2007, os cálculos efetuados no pronunciamento da subunidade técnica se valeram do demonstrativo da Bertin S.A., referente ao período de 27/7 a 31/12/2007, estendendo proporcionalmente os valores de resultado para todo o exercício de 2007, o que foi questionado pelos responsáveis, devido a supostas sazonalidades, as quais não foram demonstradas. De fato, o ideal seria utilizar o demonstrativo relativo a todo o período, para evitar esses possíveis efeitos. Ocorre que, como já demonstrado, o demonstrativo pró-forma de 2007 apresentava inconsistências.

605. A tabela apresentada acima evidencia mais uma fragilidade dos demonstrativos pró-forma, que se soma às mencionadas nos parágrafos 584 e 585: não seria possível que o endividamento total da Bertin S.A. fosse maior que o da Bertin Ltda, da qual ela fazia parte. No máximo, seria igual, se todas as outras empresas do grupo Bertin, inclusive a própria controladora, não tivessem qualquer dívida.

606. Assim, resta evidente a falta de confiabilidade dos números dos demonstrativos pró-forma. Considerando isso, e tendo em vista que as análises que fundamentaram as audiências não consideraram tais demonstrativos, torna-se dispensável, e até não recomendável, fazê-lo nesse momento. De qualquer forma, mesmo desconsiderando as análises apresentadas nas páginas 90 a 95 do Relatório do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, permanecem diversas evidências da fragilidade da análise levada a efeito sobre a situação econômico-financeira da Bertin S.A., conforme explanado amplamente nesta seção da instrução.

607. Seguindo na análise dos argumentos, cabe registrar que a equipe técnica do TCU não restringiu sua análise ao passivo exigível, como alegado. O que se fez foi evidenciar a falta da devida análise desse aspecto tão importante, focando a análise apenas nos resultados, ainda assim, sem uma crítica mais detida sobre os números relativos à receita, os quais apresentavam inconsistências, como apontado.

608. Tampouco se deixou de considerar a visão prospectiva. Como exemplo, às p. 28 e 96 do Relatório, apresentam-se críticas ao Relatório de Análise, quanto às projeções de investimentos. Foi apontado, em conclusão, que a Bertin S.A. não apresentava situação financeira que lhe facilitasse a captação de novos empréstimos que viabilizassem os investimentos previstos. A visão prospectiva apresentada apostava em vários investimentos e aquisições que seriam feitos com recursos de outras fontes que não o BNDES (não identificadas, como já se apontou). Ocorre que seus índices de endividamento em 2007 estavam acima do que o mercado considerava prudente. Veja-se que a visão prospectiva passava, necessariamente, pela questão do endividamento, da geração de capital de giro, de um crescimento sustentável.

609. Como se questionou no Relatório, se a situação da empresa não sinalizava para a viabilidade de obtenção de novos financiamentos, os investimentos que dependiam desses recursos não poderiam, jamais, ter sido considerados na avaliação econômica, como fez a equipe de análise do BNDES.

610. A Bertin S.A. tinha, em dezembro de 2007, Ativo Total de aproximadamente R\$ 6 bilhões, mas Patrimônio Líquido de apenas R\$ 1 bilhão, o qual havia aumentado em quase R\$ 800 milhões, de 2006 para 2007, principalmente em função de reavaliação de ativos. A avaliação realizada apontou, no entanto, para o valor de *equity* de R\$ 6,65 bilhões, considerando a rentabilidade futura da empresa.

611. Essa avaliação deveria considerar a realidade da empresa antes da entrada da BNDESPAR no capital, o chamado pré-money. Formalmente, foi essa a avaliação realizada, como declarado no RAn. De fato, os recursos do BNDES não aparecem no fluxo de caixa, como destacou o Diretor da unidade técnica em seu pronunciamento. Ocorre que, como apontado, o cenário de investimentos considerado era incompatível com a situação da empresa. Em uma avaliação *as is* ou pré-money, consideram-se apenas investimentos que já estavam na carteira de projetos da empresa e que ela executaria, independentemente da operação que se vislumbra, no caso, o aumento de capital.

612. No caso, porém, a Bertin S.A. contava com os recursos do BNDES para se sustentar e viabilizar novas aquisições e investimentos. Somente com o aumento de capital, a estrutura de capital da empresa teria alguma chance de voltar a níveis tolerados pelo mercado e tornar possível a obtenção de novos recursos. A avaliação desconsiderou isso, tratando como certos investimentos improváveis. Com isso, o fluxo de caixa foi inflado, levando a um valor igualmente sobrestimado.

613. Não é possível, porém, como já adiantara o Sr. Diretor em seu pronunciamento, chegar a um valor exato, nem com razoável grau de certeza, sobre o valor justo da empresa no momento do aporte. Além das naturais imprecisões e subjetividades inerentes à metodologia do fluxo de caixa descontado, têm-se, no caso, imprecisões referentes às informações da própria empresa.

614. Como já comentado, os demonstrativos pró-forma, embora auditados, não são documentos diretamente baseados em escrituração formal, além de apresentarem dúvidas que lhe diminuem a confiabilidade. Deve-se lembrar que se tratava de empresa de capital fechado e que carecia de adequada

governança, como apontado pelo próprio RAn. As informações acerca dos investimentos e aquisições eram imprecisas, não se sabia ao certo onde seriam aplicados os recursos, que retornos haveria, além da dúvida sobre a viabilidade de seu financiamento, comentada acima.

615. Todos esses elementos, somados aos demais já comentados nessa instrução, levam à conclusão de que houve falhas graves na elaboração da avaliação econômica e do Relatório de Análise ao qual foi incorporado. Constituem, também, evidências de que o valor justo da Bertin S.A. era inferior ao considerado na aquisição de suas ações pela BNDESPAR, porém, sem que seja possível se precisar em quanto montava essa diferença. As consequências dessa constatação serão tratadas em seção específica dessa instrução sobre o dano apontado.”

322. Devo ainda ressaltar que essas circunstâncias sinalizariam a necessidade de realização de *due diligences* para confirmação das informações prestadas pela empresa postulante do apoio financeiro, principalmente com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA, vez que havia muitas inconsistências sobre os dados econômico-financeiros da empresa.

323. Conquanto reconhecido desde o princípio que não havia norma exigindo a realização desse procedimento, de maneira que entendeu a unidade instrutiva pela não aplicação de sanção por esse item da audiência, fato é que se tratava de prática recomendável e normalmente aplicável nas operações de M&A (*Mergers & Acquisition*), especialmente em operações com grandes volumes financeiros envolvidos. Esse apontamento, portanto, no conjunto do quadro apresentado não deve ser menosprezado, ainda que sozinho não servisse a fundamentar a aplicação de sanção.

324. Não resta a menor dúvida de que se a operação estivesse sendo realizada por instituições como grandes bancos privados nacionais e internacionais esse procedimento seria obrigatoriamente realizado. Se o privado adota zelo nos seus próprios negócios, quanto mais deveriam funcionários de instituição financeira pública adotar com os recursos que são de toda a sociedade brasileira.

325. As inúmeras falhas apontadas na avaliação das condições da Bertin S.A. denotam, portanto, falta de zelo e cuidados com o aporte de vultosos recursos, uma vez que a própria avaliação foi precariamente realizada e não se baseou de outros recursos que, embora não fossem normatizados, eram de evidentes praxes e recomendações em se tratando de profissionais que atuam no mercado de capitais.

326. Dessarte, feitas essas considerações adicionais, acompanho as proposições da SecexFinanças no sentido da rejeição parcial das razões de justificativa e aplicação das sanções aos responsáveis, aos quais incluo, pelas razões apresentadas, os signatários do Relatório de Análise integrantes do corpo jurídico.

327. Assim, entendo que, no que tange às responsabilidades, as sanções devam ser moduladas em razão do grau de responsabilidade na cadeia propositiva ou decisória, sopesando a participação dos membros, na medida do possível, consoante a área/funções a que pertenciam/exerciam, de sorte que chego ao seguinte quadro de sanções a serem imputadas, considerando isoladamente os itens de audiência aqui examinados:

Responsável	Cargo/Função	Valor da Multa
Eduardo Rath Fingerl	Diretor/AMC	R\$ 40.000,00
Fabio Sotelino da Rocha	Superintendente AMC	R\$ 30.000,00
José Cláudio Rego Aranha	Chefe de Departamento AMC/DEINV	R\$ 25.000,00
Fernando Americo de Rezende Neto	Gerente AMC/DEJUMC (jurídico)	R\$ 20.000,00
Renato Francisco Martins	Gerente AMC/DEINV	R\$ 20.000,00

Responsável	Cargo/Função	Valor da Multa
Bruno Lintz dos Santos	Gerente AMC/DEJUMC (jurídico)	R\$ 20.000,00
Rafael Petrocelli	Economista AMC/DEPAC	R\$ 7.000,00
Fernanda Farah de Abreu Zorman	Administradora AMC	R\$ 7.000,00
Jorge Luiz Sozzi de Moraes (falecido) citado conforme o AC 2154/2018-P	Chefe de Departamento AMC/DEJUMC (jurídico)	-

VI.3 – Fase de aprovação da operação (Diretoria Executiva)

328. Por meio do subitem 11-b do Despacho por mim exarado à peça 207 do processo de origem, determinei as audiências dos Srs. Luciano Galvão Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, e Jorge Kalache Filho, membros da diretoria da BNDESPAR, por aprovarem, pela Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008, a operação de apoio financeiro a Bertin S.A., na modalidade de renda variável, no valor de até R\$ 2,5 bilhões, para a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais e capital de giro, com base no Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 contendo as referidas falhas já apontadas.

329. O Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário também determinou a citação dos mesmos pela aprovação da operação mediante a referida decisão de diretoria, contendo as falhas apontadas e detalhadas no voto condutor da deliberação.

330. As defesas, em linhas gerais, foram as mesmas apresentadas para refutar as falhas constantes do Relatório de Análise que lhes serviu de fundamentação para a tomada de decisão, além de outros argumentos próprios de suas condições, como o de que os diretores não que não eram da área responsável não dispunham de todas as informações, sobre a atuação limitada pela condição de substituto, e que não houve falha da diretoria, conforme anotados no corpo da instrução da SecexFinanças, sendo despcienda nova sintetização.

VI.3.1 – Conclusões e proposições da SecexFinanças

331. Em análise das razões de justificativa e alegações de defesa sobre as imputações relativas às falhas havidas na fundamentação da decisão, ou seja, na aprovação da operação com o Relatório de Análise contendo relevantes falhas sobre o pedido de apoio pleiteado, concluiu a SecexFinanças por rejeitar as defesas, propondo a aplicação de multa a todos os responsáveis membros da diretoria participantes da aludida decisão.

332. Concluiu, a propósito, que, quanto a Jorge Kalache Filho, sua condição de substituto não lhe retiraria os deveres de lealdade e diligência, pois era possível ao responsável identificar as falhas, especialmente considerando que ele participou também da 135ª Reunião do Comitê de Enquadramento e Crédito – CEC, que examinou a operação. Ou seja, não era um assunto novo para o responsável, conforme suas alegações.

333. O exame foi pautado nas regras do *Business Judgment Rule*, concluindo a unidade que houve erro grosseiro, dadas as inúmeras falhas observadas na análise da operação.

VI.3.2 – Pronunciamento do Ministério Público/TCU

334. A representante do Ministério Público, todavia, entende, na mesma linha adotada para os signatários do Relatório de Análise, que a responsabilização dos participantes da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008, que aprovou o aporte de recursos na Bertin, deve levar em consideração a área representada pelo membro da diretoria, a natureza e a expressividade da

irregularidade, bem como outros elementos que possam sugerir se era ou não exigível a percepção da falha.

335. Nessa linha, identificou as áreas pertencentes a cada diretoria: Luciano Galvão Coutinho (diretor-presidente), João Carlos Ferraz (não identificada), Eduardo Rath Fingerl (diretor da Área de Mercado de Capitais), Jorge Kalache Filho (diretor-substituto da Área Industrial), Elvio Lima Gaspar (diretor da Área de Inclusão Social), Maurício Borges Lemos (diretor de Área de Planejamento) e Wagner Bittencourt de Oliveira (diretor da Área de Infraestrutura, Insumos Básicos e Estruturação de Projetos).

336. Ponderou, a propósito, que Eduardo Rath Fingerl já está sendo considerado como um dos responsáveis pela irregularidade referente à ausência do levantamento apropriado do endividamento, por ter assinado o relatório de análise. E, na qualidade de diretor da Área de Mercado de Capitais, à qual estava diretamente subordinada a AMC/Deinv, unidade responsável pela elaboração do capítulo do relatório sobre a análise da situação econômico-financeira da Bertin, era-lhe exigível conhecimento específico a respeito dos procedimentos das equipes técnicas e a percepção da falha em questão, mesmo atuando em nível de supervisão.

337. Todavia, a seu ver, diferente seria a posição dos demais diretores, pois não se observariam elementos para afirmar que lhes seria exigível a percepção de ausência do levantamento apropriado do endividamento, uma vez que eles seriam responsáveis por áreas especializadas em assuntos técnicos diversos.

338. Já quanto ao diretor-presidente, como responsável pela direção, supervisão e coordenação dos trabalhos da diretoria e considerando a materialidade do aporte, entende que deva ser responsabilizado, pois entende que deveria ter se certificado de que tal aspecto fora examinado de forma aprofundada pela área técnica, do que se conclui pela sua responsabilidade.

339. Assim, propõe o *Parquet* que a aplicação de multa recaia sobre o Diretor da Área de Mercado de Capitais e sobre o Diretor-Presidente, acolhendo as razões de justificativa dos demais.

VI.3.3 – Exame deste Relator

340. Entendo, como a Subprocuradora-Geral, que no caso concreto em exame neste processo cabe maior responsabilidade ao Diretor-Presidente e ao Diretor da Área de Mercado de Capitais, Srs. Luciano Coutinho e Eduardo Rath Fingerl, e em razão disso, penso que apenas esses responsáveis devam ser apenados, em que pese tratar-se de decisão de diretoria colegiada.

341. O primeiro, em razão da direção máxima dos negócios, conforme mesmo assentou o *Parquet*.

342. O segundo, porque, como Diretor da Área de Mercado de Capitais, não apenas teve ciência em nível de diretoria, mas também participou da formatação da operação, tendo inclusive assinado também o Relatório de Análise com as proposições levadas à diretoria colegiada.

343. Quanto aos demais membros da Diretoria Colegiada, Srs. Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, Jorge Kalache Filho, penso que diante do afastamento do dano, e considerando as circunstâncias de suas responsabilidades subjetivas, apontadas pelo *Parquet* especializado, as quais não me conduzem a propor a aplicação de sanção a eles, entendo que cabe o julgamento pela regularidade com ressalvas das contas, dando-se a eles quitação, em que pese o não acatamento das razões de justificativa. Penso que a participação deles na decisão, considerando as diferentes áreas pelas quais respondiam, possa conduzir a apenas ressalva em suas contas, de modo que lhes seja dada quitação.

344. Por conseguinte, ante as considerações lançadas, e dado o alto grau de reprovabilidade das condutas de Luciano Coutinho e Eduardo Rath Fingerl, bem assim, considerando serem eles o alto escalão responsável pela decisão eivada dos vícios apontados, penso que em relação às imputações realizadas tão-somente no item examinado devam ser aplicadas as sanções individuais abaixo, as quais, ao final do exame da matéria, deverão sofrer aglutinação com eventuais sanções imputadas

noutros itens, e limitação ao montante máximo permitido para a sanção dessa natureza (o que será realizado em capítulo próprio desta manifestação):

Responsável/Cargo	Valor da Multa
Luciano Galvão Coutinho (Diretor-Presidente)	R\$ 40.000,00
Eduardo Rath Fingerl (Diretor Executivo - AMC)	R\$ 40.000,00

VI.4 – Fase de acompanhamento da operação

345. Relativamente à fase de acompanhamento da operação, foram por mim determinadas audiências nos itens 11-c e 11-d do Despacho que proferi à peça 207 do processo originador desta TCE.

346. Eduardo Rath Fingerl, Marcio Duarte Medeiros, Caio Marcelo de Medeiros Melo, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, Renato Francisco Martins, Sergio Foldes Guimarães, e Sergio Jose Suarez Pompeo, foram chamados em audiência **como membros da equipe técnica de acompanhamento da operação**, por terem permitido que a maior parte dos recursos investidos na Bertin S.A., via participação acionária, fosse destinada majoritariamente à melhoria da estrutura de capital da empresa, em detrimento do cumprimento do Plano de Negócios, que previa a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes e implantação de novas unidades industriais.

347. Também por haverem negligenciado o elevado endividamento da Bertin S.A., pois, tendo conhecimento que a situação do endividamento da empresa se agravava rapidamente, não elaboraram um plano de contingência que pudesse equacionar o problema, e não levaram ao conhecimento da diretoria a situação da empresa.

348. Os **membros da diretoria da BNDESPar** Luciano Galvão Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Mauricio Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, Jorge Kalache Filho, Luiz Fernando Linck Dorneles, e Armando Mariante Carvalho Junior, foram chamados em razão de não terem acompanhado a utilização e aplicação do elevado montante de recursos entregues à Bertin S.A. via participação acionária, e não terem exigido, da equipe técnica de acompanhamento da operação, informações sobre a situação financeira da Bertin S.A., concorrendo para que a situação de endividamento da empresa se agravasse.

VI.4.1 – Conclusões e proposições da SecexFinanças

349. Em síntese, concluiu a SecexFinanças que a equipe de acompanhamento registrou, em parte, a situação de endividamento da Bertin, porém falhou em: (a) não apontar os valores que foram alocados a título de investimentos mas estavam no Caixa da empresa, assim como o reflexo disso nos índices de endividamento; (b) não analisar a evolução futura dos indicadores de endividamento, quando tais recursos fossem efetivamente utilizados para pagamento das parcelas vincendas das aquisições; (c) não apontar a necessidade de reavaliação do Plano de Negócios, em decorrência da destinação de recursos para melhoria da estrutura de capital em quantidades maiores que as esperadas; e (d) ao não propor medidas para a solução dos problemas. A conclusão foi assim apresentada pela unidade instrutiva:

“8.3. Item 11-c do Despacho de 14/3/2018

1327. O item trata de audiência dos membros da equipe técnica de acompanhamento da operação de aporte na Bertin S.A.

1328. Conforme análise apresentada no item 7.2.6.4. da instrução, concluiu-se que o acompanhamento da operação falhou em não apontar adequadamente a aplicação dos valores alocados a título de investimentos, bem como a evolução observada e projetada dos índices de endividamento da Bertin S.A. Também não apontou a necessidade de reavaliação do Plano de Negócios, em decorrência da destinação

de recursos para melhoria da estrutura de capital em quantidades maiores que as esperadas, e não propôs medidas para a solução dos problemas financeiros observados na Bertin.

1329. Assim, propõe-se rejeitar as razões de justificativa de Eduardo Rath Fingerl, Caio Marcelo de Medeiros Melo, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes e Renato Francisco Martins, cujas responsabilidades sobre as falhas apontadas restou evidenciada. Em outro sentido, cabe acolher as razões de justificativa de Márcio Duarte de Medeiros e Sérgio José Suarez Pompeo, tendo em vista que a natureza da irregularidade apontada é de omissão e que eles não ocuparam função de direção, não lhes cabendo definir as atividades a serem realizadas. Também foi afastada a responsabilidade de Sérgio Foldes Guimarães, considerando que as falhas apontadas nas instruções que levaram às audiências, referem-se a período anterior a sua posse na função de Chefe de Departamento.

8.4. Item 11-d do Despacho de 14/3/2018

1330. O item também trata de audiência relativa a falhas no acompanhamento da operação de aporte na Bertin S.A., desta feita dos membros da Diretoria da BNDESPAR. O tema foi tratado de forma conclusiva no item 7.4.5.2. da instrução, sendo proposto acolher as razões de justificativa dos seguintes responsáveis: Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, Jorge Kalache Filho, Luiz Fernando Linck Dorneles, e Armando Mariante Carvalho Junior. Concluiu-se que as falhas apontadas não deveriam, obrigatoriamente, ser observadas pelos diretores de outras áreas que não a responsável pela operação, a Área de Mercado de Capitais – AMC.

1331. Pesou, também, a favor de Jorge Kalache Filho o fato de que não era membro efetivo da Diretoria. Quanto a Luiz Fernando Linck Dorneles, reforça o acolhimento de suas razões de justificativa o fato de que assumiu seu cargo como diretor em outubro de 2008.

1332. A instrução conclui pela rejeição das razões de justificativa de Eduardo Rath Fingerl e Luciano Galvão Coutinho, na qualidade de Diretor da AMC e Presidente da BNDES/BNDESPAR, respectivamente. Ambos deixaram de cumprir seus deveres fiduciários ao não garantir o devido acompanhamento da operação.”

VI.4.2. Pronunciamento do Ministério Público/TCU

350. A Procuradora-Geral entendeu, embora concordando em parte quanto às falhas não elididas, apontadas pela unidade técnica na instrução de mérito, que não houve caracterização de negligência grave ou erro grosseiro na fase de acompanhamento, para fins de responsabilização nos termos do art. 28 da LINDB, apresentando extenso conjunto argumentativo que, por sua relevância, reproduzo novamente aqui, em que pese poder ser encontrado no relatório precedente:

“267. A primeira liberação de recursos, no valor de R\$ 1 bilhão, foi realizada em abril de 2008, anteriormente ao período em que a operação ficou sob responsabilidade da AMC/DEPAC (11/6/2008 a 29/12/2009), departamento incumbido do acompanhamento de operações de renda variável.

268. O referido departamento atuou na segunda e na terceira liberação de recursos, sendo que a recomendação da segunda liberação, no valor de R\$ 800 milhões, se deu por meio do documento IP AMC/DEPAC 127/08, emitido em 4/9/2008. No referido documento, constou que parte dos recursos seriam destinados a aquisições em conformidade com o plano de negócios (R\$ 525,272 milhões) e parte destinada à recomposição da estrutura de capital (R\$ 274,728 milhões), sendo essa última justificada expressamente com base no elevado endividamento de curto prazo e na existência de *covenants*, estipulando valor máximo de 3,5 para a relação Dívida Líquida/Ebitda dos últimos 12 meses, o qual, caso extrapolado, possibilitaria a solicitação de pagamento antecipado por parte dos credores.

269. Mencionou-se também que, em junho e julho daquele ano, a companhia tentou realizar emissão de novos títulos no mercado externo, no montante de US\$ 300 milhões e US\$ 600 milhões, o que permitiria o alongamento do prazo médio do endividamento. Contudo, diante da restrição de liquidez do mercado financeiro internacional, não teria sido possível efetivar a captação a taxas de juros aceitáveis.

270. Concluiu-se afirmando ser esperado que a Bertin S/A conseguisse realizar a colocação de títulos externos com a retomada do mercado, após as férias de verão no hemisfério norte. Nesse contexto, o aporte do BNDESPAR auxiliaria no processo de captação, permitindo melhora significativa nos indicadores de alavancagem financeira da Companhia, podendo também influir nos custos financeiros incorridos.

271. A recomendação para a terceira liberação dos recursos, no valor aproximado de R\$ 700 milhões, se deu por meio do documento IP AMC/DEPAC 163/08, emitido em 5/12/2008. Nesse documento,

também constou que parte dos recursos seriam destinados a aquisições (R\$ 231,566 milhões) e parte maior para recomposição da estrutura de capital (R\$ 468,363 milhões).

272. Mais uma vez, apontou-se o elevado endividamento de curto prazo e a existência de *covenants* como justificativa para o aporte de recursos em melhoria da estrutura de capital. Observou-se que a elevação do dólar em 26,5% entre 30/9 e 3/12/2008 foi prejudicial nesse aspecto, pois 61% do endividamento da companhia estava atrelado à moeda estrangeira. Embora a desvalorização do real fosse, por um lado, benéfica à empresa em razão das receitas auferidas com exportações, o impacto nesse caso se dava apenas ao longo do tempo, à medida que as vendas ao exterior iam sendo realizadas. Já o impacto sobre a contabilização da dívida ocorria no dia do fechamento do balanço patrimonial.

273. Assim, entendeu-se que a melhoria da estrutura de capital era necessária. Contudo, naquela oportunidade, também se exigiu dos controladores da Bertin o aporte de R\$ 200 milhões para que fosse possível o cumprimento dos *covenants* da dívida.

274. Até aqui já se percebe a existência de elementos indicativos de que a equipe da AMC/DEPAC atentou para o montante e o perfil do endividamento da Bertin S/A, sendo que a própria destinação de mais recursos para melhoria da estrutura de capital, inclusive com a exigência de aporte adicional de R\$ 200 milhões por parte dos controladores, em vez da realização de aquisições ou expansão de ativos fixos, foi medida adotada justamente para lidar com a contingência do agravamento da situação financeira da empresa.

275. É importante ressaltar que o AMC/DEPAC passou a atuar após a liberação de R\$ 1 bilhão pelo BNDESPar, sendo, portanto, de se levar em consideração que a não realização de novos aportes para a melhoria da estrutura de capital, e, possivelmente, o consequente vencimento antecipado de parte da dívida em razão do eventual não cumprimento dos *covenants*, poderia agravar ainda mais a situação financeira da empresa, ampliando o risco de perda do expressivo valor já investido pelo banco estatal.

276. Para melhor compreensão do contexto, convém mencionar as informações que constam do Relatório V da comissão constituída pelo BNDES para apurar fatos relativos às operações envolvendo a JBS.

277. De acordo com o referido relatório, que tratou especificamente da operação de aquisição de participação acionária na Bertin e da sua incorporação pela JBS, a deterioração da percepção de risco sobre a empresa é compreendida no contexto da crise do *subprime* e de suas consequências para países emergentes como o Brasil, com forte restrição do crédito disponível para o setor produtivo, já no final de 2008.

278. Destacou-se que o setor de carne bovina vinha crescendo de forma acelerada no período entre 2004 e 2007 (25% ao ano) e, por isso, as empresas vinham investindo para suportar essa expansão, razão pela qual se encontravam endividadas, a maioria em moeda estrangeira.

279. Nesse contexto, a depreciação cambial de 31% em 2008 combinada com a dificuldade de renovar linhas de crédito e, ainda, com a queda de receita de exportações da ordem de 25% em 2009 levou várias empresas do setor a solicitarem recuperação judicial, a exemplo da Arantes Alimentos, Frigorífico Estrela, Frialto, Fribrasil, Margen, Mataboi, Quatro Marcos, São Mateus e Independência, sendo essa última empresa uma das cinco maiores do setor. Também do agronegócio, a Sadia enfrentou dificuldades financeiras, tendo sido adquirida pela Perdigão em maio de 2009.

280. Prossegue o relatório de apuração narrando que a Bertin teve significativo crescimento da dívida a partir do segundo semestre de 2008 e durante o ano de 2009, devido à depreciação acelerada do real frente ao dólar. Nesse período, teria havido ainda a inadimplência de importantes clientes na Rússia, Egito e Leste Europeu, agravando o fluxo de caixa da empresa. Todos esses fatores teriam levado à deterioração do risco financeiro da empresa, à maior restrição de crédito, ao aumento do custo do endividamento e ao encurtamento do respectivo prazo.

281. A esse cenário somou-se, segundo o relatório, o insucesso na profissionalização da gestão da Bertin, um dos objetivos do apoio financeiro do BNDESPar. Embora tivessem sido contratados profissionais de mercado para cargos na diretoria, dentre outras medidas para boa governança a serem implementadas, a profissionalização da empresa não foi à frente, tendo ocorrido a demissão desses executivos cerca de seis meses após a admissão, em razão da situação financeira delicada da companhia.

282. Consta ainda do mencionado relatório de apuração que, segundo entrevistas com a equipe do AMC/DEPAC, o referido departamento e a Bertin passaram a buscar mais intensamente alternativas que pudessem reequilibrar financeiramente a empresa em 2009, após a divulgação das demonstrações financeiras auditadas do exercício de 2008 e do primeiro trimestre de 2009, que mostravam a situação delicada da empresa.

283. Segundo o relatório, uma das alternativas cogitadas consistiu na capitalização da empresa mediante incorporação de outros ativos do grupo controlador, bem como aporte adicional do BNDESPar.

284. A comissão de apuração relatou ter tido acesso a cópias de mensagens da época mostrando estudos nesse sentido, sendo que uma das simulações demonstrava o ebitda/ano a ser gerado pela incorporação dos ativos e a dívida líquida resultante. Contudo, o aporte adicional do BNDESPar levaria a estatal a ter o controle da Bertin, o que não era admitido pelos normativos do banco.

285. Outra alternativa estudada consistiu na fusão com a Marfrig. A avaliação da Bertin para essa finalidade, efetuada pelo Itaú BBA, estimou a empresa em R\$ 5,537 bilhões, o que levaria o BNDESPar a reconhecer uma perda de cerca de R\$ 1 bilhão, caso a fusão ocorresse. Segundo o relatório de apuração, a operação não foi adiante porque: 1) a JBS ofereceu proposta mais vantajosa pela Bertin; 2) a Marfrig também avaliava a possibilidade de adquirir a Seara, o que acabou sendo anunciado em setembro de 2009.

286. A medida que veio a ser adotada foi a incorporação da Bertin pela JBS. De acordo com o relatório da comissão de apuração, as ações da JBS recebidas em troca da participação do BNDESPar na Bertin valiam R\$ 2.376.999.588,50, em 29/12/2009, data de fechamento da operação, com base na cotação média desse dia. Isso significava uma perda de R\$ 122,9 milhões em relação ao investimento inicial do BNDESPar. Entretanto, além de menor do que a perda estimada na operação cogitada com a Marfrig, poderia ser recuperada ao longo do tempo por meio da valorização das ações da JBS, o que de fato veio a ocorrer, como visto anteriormente neste parecer.

287. Feito esse histórico dos eventos ocorridos entre o segundo semestre de 2008 e o final de 2009, e considerando que a equipe do AMC/DEPAC passou a atuar quando R\$ 1 bilhão já haviam sido liberados, não é possível concluir que tal equipe negligenciou o elevado endividamento da Bertin. Na realidade, elementos dos autos e o respectivo contexto sugerem que a referida equipe adotou medidas, desde a primeira liberação de recursos sob sua responsabilidade até a associação com a JBS, que, em conjunto, obtiveram êxito em preservar o investimento do BNDESPar, evitando a ocorrência de prejuízo aos cofres do banco.

288. Vale mencionar que, embora a equipe técnica não tenha apresentado formalmente ‘plano de contingência’ – mesmo porque não havia tal exigência nas normas apontadas como descumpridas – medidas contingenciais foram adotadas, como visto acima, atendendo ao disposto no art. 51, parágrafo único, da Resolução BNDES 1.463/2007:

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 e/ou o investimento em valor mobiliário realizado por empresa do sistema BNDES.

289. Não há como afirmar que o resultado final teria sido melhor em termos de preservação do valor de R\$ 1 bilhão já investido quando o AMC/DEPAC passou a atuar, se outras medidas tivessem sido adotadas, a exemplo da não liberação dos recursos previstos e/ou da realização de desinvestimentos, em vez das medidas contingenciais efetivadas (liberação dos recursos com destinação maior para a melhoria da estrutura de capital, bem como exigência de aporte adicional dos controladores).

290. Quanto à outra conduta irregular atribuída à equipe de acompanhamento, qual seja, terem permitido que os recursos investidos fossem aplicados majoritariamente em melhoria da estrutura de capital, em vez da aquisição de empresas e investimentos, tal circunstância foi justificada, como já visto, nos próprios atos que autorizaram as liberações, diante do montante e perfil do endividamento, o qual, segundo relatado inclusive pela comissão de apuração, deteriorou-se rapidamente ao longo do segundo semestre de 2008 e em 2009, com a elevação do dólar, a restrição de crédito internacional, a inadimplência de clientes e a escalada da crise do *subprime*, que teria levado diversas empresas do ramo a pedirem recuperação judicial.

291. Por outro lado, é de se reconhecer, como apontado pela unidade técnica, a existência de falhas na atuação da equipe responsável pelo acompanhamento, caracterizada por certo grau de deficiência na fundamentação das IPs que recomendaram a liberação da segunda e da terceira parcelas.

292. Uma falha, bem observada pela unidade técnica, consistiu em não terem endereçado definitivamente a questão do endividamento nessas oportunidades em que se recomendou a liberação da segunda e da terceira parcelas do aporte do BNDESPar. Embora a destinação de parte dos recursos para a melhoria da estrutura de capital pudesse ser eficaz, ao menos temporariamente, para cumprir os *covenants* e evitar o vencimento antecipado de parte da dívida, e, ainda, possibilitar a redução do montante da dívida de curto prazo, não se explicou de que forma os investimentos previstos no plano de negócios seriam realizados, tampouco se propôs ajustes ao referido plano.

293. Ainda que eventualmente se tenha cogitado, na ocasião, que a aplicação dos recursos do BNDESPar na melhoria da estrutura de capital da Bertin poderia proporcionar tempo suficiente para

maturação dos investimentos recém realizados e, com isso, possibilitar o crescimento do ebitda de modo a viabilizar novas captações de recursos no mercado sem descumprir a relação dívida líquida/ebitda estabelecida pelos *covenants*, nada disso foi mencionado nas IPs, tampouco constaram análises de projeções do endividamento ou do ebitda, a fim de avaliar se essa ou outra solução era, naquele momento, tida como viável.

294. Não obstante essa falha, considerando o conjunto das medidas adotadas pelo AMC/DEPAC para solucionar o problema gerado pela situação financeira da Bertin S.A., incluindo as tratativas que se intensificaram a partir de 2009 e que resultaram na incorporação pela JBS, as destinações de recursos para melhoria de capital em 2008 possivelmente contribuíram para aliviar, ainda que temporariamente, a situação financeira da empresa e possibilitar que viesse posteriormente a ser adquirida pela JBS em condições que foram, ao fim, suficientes para evitar prejuízo ao BNDESPar, inclusive em relação ao aporte inicial de R\$ 1 bilhão que já havia sido realizado quando a equipe de acompanhamento começou a atuar.

295. Nesse contexto, em que o prejuízo veio de fato a ser evitado pelas providências adotadas no acompanhamento da operação, mesmo em meio à delicada conjuntura do mercado, a falha não se mostra grave o suficiente para ensejar a aplicação de sanções aos agentes responsáveis pela fase de acompanhamento, sejam os membros da equipe técnica, sejam os da diretoria do BNDES.

296. Outra falha bem registrada pela unidade técnica consistiu na ausência de menção, ao se atestar a aplicação dos recursos da primeira e da segunda liberação, que parte das quantias apontadas como aplicadas na aquisição da Vigor permaneceriam temporariamente no caixa da empresa, já que parte do valor da aquisição seria pago parceladamente.

297. Contudo, consideramos essa falha de menor gravidade, uma vez que o pagamento deveria se dar majoritariamente em curto prazo. De acordo com as informações da unidade técnica (peça 202 do TC 034.935/2015-0), R\$ 200 milhões seriam pagos mediante 25 parcelas mensais, a partir de janeiro de 2008, e R\$ 435 milhões seriam pagos em 12 parcelas mensais, a partir de setembro de 2008.

298. Desse modo, cerca de 95% do valor parcelado deveria ser pago até setembro de 2009, um ano após a IP AMC/DEPAC 127/08, que atestou a aplicação da primeira liberação, e cerca de 99% deveriam ser pagos até dezembro de 2009, um ano após a IP AMC/DEPAC 163/08, que atestou a aplicação da segunda liberação.

299. Considerando que a contratação da aquisição da Vigor foi realizada anteriormente às IPs que atestaram a aplicação dos recursos nessa finalidade; que não há notícia de rescisão contratual por inadimplemento; e que o dinheiro é bem fungível por excelência, não é equivocado concluir que os valores aportados pelo BNDESPar foram de fato aplicados na aquisição da Vigor conforme atestado nas referidas IPs, ainda que no curto prazo tenham em parte permanecido temporariamente no caixa da Bertin.

300. Assim, conclui-se pelo acolhimento parcial das razões de justificativas em relação às irregularidades apontadas na fase de acompanhamento da operação de aquisição de participação acionária na Bertin S/A, ressalvando-se as contas dos integrantes da equipe técnica, em razão das falhas não elididas, de menor gravidade.”

VI.4.3 – Exame deste Relator

351. Diante da análise empreendida pela SecexFinanças, no que tange aos membros da equipe de acompanhamento da operação (item 11-c do Despacho de 14/3/2018), entendo, como a unidade instrutiva, que cabe acolher as razões de justificativa de Márcio Duarte de Medeiros e Sérgio José Suarez Pompeo, tendo em vista que a natureza da irregularidade apontada é de omissão e que eles não ocuparam função de direção, não lhes cabendo definir as atividades a serem realizadas, bem como de Sérgio Foldes Guimarães, considerando que as falhas se referiram a período anterior a sua posse na função de Chefe de Departamento.

352. E no que tange aos membros da Diretoria (item 11-d do Despacho de 14/3/2018), Srs. Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, Jorge Kalache Filho, Luiz Fernando Linck Dorneles, e Armando Mariante Carvalho Junior, entendo, como proposto pela unidade instrutiva, que cabe acolher as razões de justificativa desses responsáveis, pois conforme a análise empreendida, as falhas apontadas não deveriam, obrigatoriamente, ser observadas pelos diretores de outras áreas que não a responsável pela operação, a Área de Mercado de

Capitais – AMC, além das demais observações quanto a Jorge Kalache Filho e Luiz Fernando Linck Dorneles.

353. Em que pese a proposição da unidade instrutiva no sentido da rejeição das razões de justificativa dos responsáveis Eduardo Rath Fingerl, Caio Marcelo de Medeiros Melo, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes e Renato Francisco Martins (como membros da equipe de acompanhamento com cargos diretivos – item 11-c do Despacho) e de Luciano Coutinho (Presidente) e do próprio Sr. Eduardo Rath Fingerl, na qualidade de Diretor da Área de Mercado de Capitais (item 11-d do Despacho), **diante de parte das razões apresentadas no Parecer da d. Procuradora-Geral, penso que se deva rejeitar as razões de justificativa desses responsáveis, considerando a subsistência de irregularidades reconhecidas até mesmo pela representante do Ministério Público, porém, sem aplicação de multa.**

354. Assim como o *Parquet* especializado, que concluiu que “266. Embora concordemos em parte quanto às falhas não elididas apontadas pela unidade técnica na instrução de mérito, entendemos que não houve caracterização de negligência grave ou erro grosseiro na fase de acompanhamento, para fins de responsabilização nos termos do art. 28 da Lindb, conforme análise que segue.”, porquanto, como observado, nessa fase houve remendos à operação preteritamente realizada nas condições aqui expostas, de sorte a evitar-se a completa perda do investimento em Bertin, alinho-me ao ressaltado nos parágrafos 273/274 e 294/295 do parecer.

VI.5 – Quadro Geral das Sanções a serem aplicadas

355. Examinadas as razões de justificativa e como resultante da proposição de aplicação das sanções previstas no art. 58 da Lei 8.443/1992 nos tópicos precedentes, tem-se o seguinte conjunto de multas passíveis de aplicação aos responsáveis:

356.

Responsável	Valor da Multa	Valor da Multa	Valor da Multa	Valor da Multa	Total
	VI.1	VI.2	VI.3	VI.4	Art. 58
Eduardo Rath Fingerl	-	40.000,00	40.000,00	sem aplicação	80.000,00
Luciano Coutinho	-	-	40.000,00	sem aplicação	40.000,00
Fábio Sotelino da Rocha	sem aplicação	30.000,00	-	-	30.000,00
Jorge Kalache Filho	sem aplicação	-	sem aplicação	-	sem aplicação
Renato Francisco Martins	-	20.000,00	-	sem aplicação	20.000,00
Elvio Lima Gaspar	-	-	sem aplicação	-	sem aplicação
João Carlos Ferraz	-	-	sem aplicação	-	sem aplicação
Maurício Borges Lemos	-	-	sem aplicação	-	sem aplicação
Wagner Bittencourt de Oliveira	-	-	sem aplicação	-	sem aplicação
Caio Marcelo de Medeiros Melo	-	-	-	sem aplicação	sem aplicação
José Cláudio Rego Aranha	-	25.000,00	-	-	25.000,00
Fernando Americo de Rezende Neto	-	20.000,00	-	-	20.000,00
Bruno Lintz dos Santos	-	20.000,00	-	-	20.000,00
André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes	-	-	-	sem aplicação	sem aplicação
Yolanda Maria Melo Ramalho	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Paulo Todescan Lessa Mattos	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação

Responsável	Valor da Multa	Valor da Multa	Valor da Multa	Valor da Multa	Total
	VI.1	VI.2	VI.3	VI.4	Art. 58
Gil Bernardo Borges Leal	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Ricardo Luiz de Souza Ramos	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Carlos Roberto Lopes Haude	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Claudio Bernardo Guimaraes de Moraes	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Mariane Sardenberg Sussekind	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Júlio César Maciel Ramundo	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Ernani Teixeira Torres Filho	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Mario Jose Soares Esteves Filho	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Thereza Cristina Nogueira de Aquino	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Roberto Zurli Machado	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Luiz Fernando Linck Dorneles	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Rafael Petrocelli	-	7.000,00	-	-	7.000,00
Fernanda Farah de Abreu Zorman	-	7.000,00	-	-	7.000,00
Ishai Waga	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Luciano Siani Pires	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Selmo Aronovich	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Caio Britto de Azevedo	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Jaldir Freire Lima	-	sem aplicação	-	-	sem aplicação
Priscila Tavares Camacho Bak	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação
Renata Moustapha Correa	sem aplicação	-	-	-	sem aplicação

357. Uma vez que as sanções previstas no art. 58 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268 do Regimento Interno/TCU devem estar compreendidas entre cinco e cem por cento dos valores definidos em Portaria da Presidência, indicada no § 1º do aludido dispositivo regimental, bem assim, considerando que segundo a última atualização desses valores, até a conclusão desta manifestação, foi realizada por meio da Portaria 36/2023, de 30/1/2023, que fixou como valor máximo o montante de R\$ 79.004,53, e diante da evidenciação de que a soma dos valores de multas aplicáveis ao responsável **Eduardo Rath Fingerl** extrapolariam tal limite, necessário, pois, realizar-se a unificação desses valores com limitação final ao teto previsto na referida Portaria, de sorte **a fixar ao referido responsável o valor máximo permitido de R\$ 79.004,53.**

358. Por fim, dentre os responsáveis listados na tabela retro, alguns não foram objeto de citação pelo possível dano decorrente das irregularidades apontadas nos autos, mas apenas ouvidos em audiência.

359. Nessa situação identifico os responsáveis Caio Marcelo de Medeiros Melo, Bruno Lintz dos Santos, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, Yolanda Maria Melo Ramalho, Paulo Todescan Lessa Mattos, Gil Bernardo Borges Leal, Ricardo Luiz de Souza Ramos, Carlos Roberto Lopes Haude, Claudio Bernardo Guimaraes de Moraes, Mariane Sardenberg Sussekind, Júlio César Maciel Ramundo, Ernani Teixeira Torres Filho, Mario Jose Soares Esteves Filho, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, Roberto Zurli Machado, Luiz Fernando Linck Dorneles, Ishai Waga, Luciano Siani Pires,

Selmo Aronovich, Caio Britto de Azevedo, Priscila Tavares Camacho Bak, Renata Moustapha Correa, e Priscila Tavares Camacho Bak.

360. Em relação a eles (não citados) não cabe nesta tomada de contas especial o julgamento de contas, mas tão-somente o juízo pelo acolhimento ou pela rejeição de razões de justificativas, e a aplicação ou não de sanção, na linha do seguinte enunciado constante da Jurisprudência Seleccionada deste Tribunal:

Em processo de tomada de contas especial, quando, além dos responsáveis citados pelo débito, há responsável que foi apenas ouvido em audiência por irregularidade da qual não decorra dano ao erário, não cabe o julgamento de suas contas, mas apenas a aplicação da multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, se for o caso.

Acórdão 4223/2017-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN

ÁREA: Direito Processual | TEMA: Tomada de contas especial | SUBTEMA: Julgamento
Outros indexadores: Multa, Audiência, Inexistência, Dano ao erário

[in: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/jurisprudencia-seleccionada/%22JURISPRUDENCIA-SELECCIONADA-41296%22>]

361. Na mesma linha, quanto àqueles outros que foram chamados aos autos no processo original em audiência, não tendo sido arrolados em razão de débitos, e, portanto, que não foram citados, penso que não cabe o julgamento das contas pela regularidade ou regularidade com ressalva, haja vista que suas condutas poderiam ter sido objeto de exame no processo fiscalizatório de origem, no qual a providência de julgamento das contas não é requerida. Assim, entendo suficiente a declaração do acolhimento das razões de justificativa, quando for o caso, à semelhança do disposto no art. 250, § 1º, do Regimento Interno/TCU.

362. Em relação aos demais indivíduos constantes da referida tabela, que foram citados, seus atos decorreram de irregularidades relativas ao relatório de análise AMC/DEIMV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 (subitem 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário) e da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008, cujo débito não pode ser quantificado adequadamente nestes autos. Quanto a eles compete ao Tribunal julgar as contas pela irregularidade, com a aplicação das sanções previstas nos incisos I, II e III do art. 58 da Lei 8.443/1992, salvo nas situações em que as circunstâncias específicas, de esfera de condutas subjetivas, conduzam ao afastamento de sanção, conforme razões já apontadas nas linhas antecedentes.

X – Gravidade dos atos praticados e sanção de inabilitação

363. A instrução concluiu por considerar de maior gravidade as infrações cometidas pelos Srs. Luciano Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, Fábio Sotelino da Rocha, Caio Marcelo de Medeiros Melo, e José Cláudio do Rego Aranha. A gravidade seria tal que deveriam ser sancionados com a pena de inabilitação, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992.

364. Entendeu que em primeiro lugar, encontra-se o Diretor-Presidente do BNDES/ BNDESPar como responsável maior pela gestão e governança do sistema BNDES, pois tinha a obrigação de direcionar as ações da entidade no sentido de privilegiar e perseguir o interesse público. Avalia a SecexFinanças que dirigiu a entidade, sob o argumento de alinhamento a políticas públicas, no sentido de apoiar, sem respeito a limites, empresa privada sem que houvesse qualquer demonstração de interesse público e assumindo riscos e prejuízo ao BNDES/BNDESPar.

365. Considera nessa situação também os responsáveis de maior posição hierárquica na Área de Mercado de Capitais, quais sejam: o Diretor, Eduardo Rath Fingerl, e os Superintendentes, Fábio Sotelino da Rocha e Caio Marcelo de Medeiros Melo, pois a eles cabia o direcionamento das ações da área, tendo eles papéis preponderantes em todas as fases da operação, desde o Enquadramento até o Acompanhamento.

366. Aponta que Fábio Sotelino da Rocha foi Superintendente da AMC entre 25/4/2006 e 13/4/2008, participando, também, diretamente, do Enquadramento e do Relatório de Análise da

operação de aporte inicial na Bertin S.A. E Caio Marcelo de Medeiros Melo assumiu a Superintendência em 14/4/2008, respondendo pela área na fase da liberação dos recursos da referida operação, bem como no posterior apoio à incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A. (Peças 159 do TC 034.935/2015-0 e 1265, p. 67, deste processo).

367. Já o Chefe de Departamento da AMC/DEINV, José Cláudio Rego Aranha, foi responsável pela principal unidade no processo de análise da operação inicial, na qual a BNDESPar adquiriu participação na Bertin S.A., com as falhas já apontadas na instrução.

368. Em linha divergente com o posicionamento da unidade instrutiva, a Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva posicionou-se no sentido de que remanesceu como irregularidade caracterizada nos autos apenas a proposta e aprovação da aquisição de participação acionária da Bertin S.A. pelo BNDESPar sem o levantamento apropriado do endividamento da referida empresa, imputável a Eduardo Rath Fingerl, Fábio Sotelino da Rocha, José Cláudio Rego Aranha, Renato Francisco Martins, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Rafael Petrocelli e Luciano Galvão Coutinho, a respeito dos quais propõe rejeitar parcialmente as alegações de defesa, julgar suas contas irregulares e aplicar-lhes a multa.

369. Salienta, porém, que a seu ver não se identificaram evidências de dolo ou da ocorrência de dano aos cofres do BNDESPar, não se mostrando a irregularidade em questão grave o bastante para aplicação da pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

370. Com efeito, nos termos do precedente Acórdão 2131/2021-TCU-Plenário (Rel. o Min. Jorge Oliveira) *“a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança é reservada para condutas cuja gravidade é considerada extrema, como as que envolvam fraude à licitação, atos dolosos ou de corrupção que causem prejuízo ao erário ou infringência aos princípios constitucionais, ou atos culposos de consequências extremamente gravosas”*.

371. No caso específico destes autos entendo, portanto, que descabe a aplicação da sanção de inabilitação, notadamente, considerando que a imputação de débito, consequência mais grave de irregularidades praticadas, restou afastada.

XI - Considerações Finais

372. Registro que no dia de ontem, 7 de novembro de 2023, o BNDES requereu, por meio da peça 1692 dos autos, subscrita por um de seus advogados, a exclusão da apreciação deste processo da pauta de julgamento, sob a alegação de que a Superintendente da Área Jurídica Institucional estaria impedida de participar do julgamento e realizar sustentação oral em favor de empregados do BNDES neste processo, haja vista na mesma data participar de outro evento.

373. Entendo que a justificativa apresentada não se revela suficiente para motivar a exclusão do processo, pois há outros diversos advogados que atuam na instituição ou que poderiam representar os aludidos empregados, e, especialmente, porque foi o processo incluído em pauta nos prazos ordinários previstos no Regimento Interno/TCU.

374. Concluo, diante dos exames realizados nestes autos, os técnicos e executivos que laboraram na aprovação inicial da operação de aporte de capital da BNDESPar não cumpriram com os deveres deles esperado.

375. O expressivo número de falhas contidas no Relatório de Análise, a ausência de adequada avaliação dos riscos da operação, por meio do efetivo exame da situação econômico-financeira da Bertin S.A., o descaso ou a grande imperícia no levantamento do endividamento e do grau de envolvimento financeiro do Sistema BNDES com a companhia e aos benefícios esperados com a operação conduz à conclusão de que erros grosseiros ocorreram em cada etapa de apreciação do pleito, bem assim, que os dirigentes da instituição agiram de forma desinformada e não refletida, o que lhes afasta a regra negocial do *Business Judgment Rule*.

376. Assim como a SecexFinanças, entendo que não se identificam circunstâncias práticas que houvessem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes cujas propostas deste Relator são de aplicação de sanções.

377. A alegação de suposto alinhamento a política governamental, além de não restar totalmente confirmada, não se prestaria, ainda que verdadeira, a afastar a necessidade da devida análise da operação. Confirmando o que foi concluído em etapas anteriores do exame sobre a matéria, compreendo que era possível aos responsáveis ter consciência dos atos e suas repercussões, bem como agir de forma diferente.

378. Em razão justamente da precariedade e deficiência das decisões tomadas em fases pretéritas, como o inadequado exame de enquadramento, da análise propriamente dita, da aprovação pela diretoria do aporte nas condições evidenciadas, bem assim, com falhas no acompanhamento, foi que se necessitou, posteriormente, em linha mais adiante no tempo, costurar dentro de outra operação, a de apoio à aquisição da Bertin S.A. pelo Grupo JBS, novo apoio em reforço a estrutura de capital.

379. É dinheiro público sendo empregado de forma bastante arriscada com vistas a, em um primeiro momento, socorrer empresas privadas em dificuldades, e, em um segundo momento, destinado a formatar os chamados campeões nacionais (e até multinacionais brasileiras), erigindo-as, com dinheiro farto, ao topo do mundo corporativo.

380. Feitas essas considerações, consigno novamente que, salvo no que tange às divergências registradas nas linhas anteriores, incorporo o exame empreendido pelo Auditor Federal de Controle Externo então lotado na SecexFinanças, secundado na quase totalidade pela diretoria da unidade, como minhas razões de decidir.

381. Deixo de acolher a proposição no sentido de autorização prévia ao recolhimento parcelado da dívida perante este Tribunal, haja vista que os responsáveis não manifestaram pleitos dessa natureza e considerando que se desejarem podem fazer a qualquer tempo, desde que não remetido o processo para cobrança executiva, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992.

382. Finalmente, consigno necessários elogios aos trabalhos empreendidos por Auditores Federais de Controle Externo desta Corte de Contas no exame da matéria, notadamente, aqueles que laboraram ao longo das apurações nas então denominadas SecexEstataisRJ e SecexFinanças, e aos mencionados no relatório precedente, subscritores das peças finais que integraram esta proposta de deliberação.

Feitas essas considerações, manifesto-me por que o Tribunal aprove o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado:

“ 9.1. excluir do rol de responsáveis desta tomada de contas especial os Srs. João Paulo dos Reis Velloso (falecido), Jorge Luiz Sozzi de Moraes (falecido), Joesley Mendonça Batista e a empresa JBS S.A.;

9.2. considerar revel o responsável Sr. Miguel João Jorge Filho, com fundamento no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.3. acolher as razões de justificativa dos responsáveis Márcio Duarte Medeiros, Sérgio Foldes Guimarães e Sérgio José Suarez Pompeo, relativamente ao subitem 11-c do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018;

9.4. acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas por Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, Jorge Kalache Filho, Luiz Fernando Linck Dorneles, e Armando Mariante Carvalho Junior, para o subitem 11-d do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018;

9.5. acolher as razões de justificativa apresentadas por Yolanda Maria Melo Ramalho, Cláudio Figueiredo Coelho Leal, Carlos Eduardo Castello Branco, Ricardo Luiz de Souza Ramos, Nelson Fontes Siffert Filho, Bruno Fraga Leal, Sérgio Eduardo Weguelin Vieira, Cláudio Bernardo Guimarães de Moraes, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Roberto Zurli Machado, Álvaro Oliveira de

Freitas, Selmo Aronovich, Eduardo Klingelhofer de Sá, e Maria Isabel Rezende Aboim para o subitem 11-f do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018;

9.6. acolher as razões de justificativa apresentadas por Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, Bruno Lintz dos Santos, Leticia Lourenço Costa, Renata Bastos Maccacchero Victor, e Rodrigo Rabelo Tavares Borba para o subitem 11-g do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018;

9.7. acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas por Eduardo Rath Fingerl, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Jaldir Freire Lima, Márcio Duarte de Medeiros, Sérgio Foldes Guimarães, e Sérgio José Suarez Pompeo para o subitem 11-g do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018;

9.8. acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas por Luciano Galvão Coutinho, Armando Mariante Carvalho Junior, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira, e Luiz Fernando Linck Dorneles, para o subitem 11-h do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018;

9.9. acolher as razões de justificativa apresentadas por Miguel João Jorge Filho, Luciano Galvão Coutinho, Alessandro Golombiewski Teixeira, Carlos Roberto Lupi, Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva, Paulo Bernardo Silva, Pedro Luiz Carneiro de Mendonça, Clara Levin Ant, Ivan João Guimarães Ramalho e Roberto Teixeira da Costa para o subitem 11-i do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018; e

9.10. acolher as razões de justificativa apresentadas por Reginaldo Braga Arcuri, André Luiz Barreto de Paiva Filho, Carlos Eduardo Esteves Lima, Cláudio de Almeida Neves, Cleber Ubiratan de Oliveira, Ricardo Schaefer, Charles Carvalho Guedes e Erenice Alves Guerra para o subitem 11-j do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018.

9.11. rejeitar, integral ou parcialmente, as razões de justificativa dos seguintes responsáveis:

9.11.1. Eduardo Rath Fingerl, José Cláudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima (sem contudo aplicar sanção a este responsável), Bruno Lintz dos Santos, Fernando Americo de Rezende Neto, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Rafael Petrocelli e Renato Francisco Martins, para o subitem 11-a do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018;

9.11.2. Luciano Galvão Coutinho e Eduardo Rath Fingerl para o subitem 11-b do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018;

9.11.3. Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira e Jorge Kalache Filho para o subitem 11-b do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018, sem, contudo, aplicar-lhes sanção para os respectivos apontamentos;

9.11.4. Eduardo Rath Fingerl, Caio Marcelo de Medeiros Melo, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, e Renato Francisco Martins, para o subitem 11-c do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018, sem, contudo, aplicar-lhes sanção para os respectivos apontamentos;

9.11.5. Luciano Galvão Coutinho e Eduardo Rath Fingerl para o subitem 11-d do Despacho de peça 207 do TC 034.935/2015-0, de 14/8/2018, sem, contudo, aplicar-lhes sanção para os respectivos apontamentos;

9.11.6. Caio Britto de Azevedo, Priscila Tavares Camacho Bak, e Renata Moustapha Correa para o subitem 9.5.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário sem, contudo, aplicar-lhes sanção para os respectivos apontamentos; e

9.11.7. Carlos Roberto Lopes Haude, Cláudio Bernardo Guimaraes de Moraes, Ernani Teixeira Torres Filho, Fábio Sotelino da Rocha, Gil Bernardo Borges Leal, Ishai Waga, Jorge Kalache Filho, Júlio Cesar Maciel Ramundo, Luciano Siani Pires, Luiz Fernando Linck Dorneles, Mariane Sardenberg Sussekind, Mario José Soares Esteves Filho, Paulo Todescan Lessa Mattos, Ricardo Luiz de Souza Ramos, Roberto Zurli Machado, Selmo Aronovich, Thereza Cristina Nogueira

de Aquino, Yolanda Maria Melo Ramalho para o subitem 9.5.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, sem, contudo, aplicar-lhes sanção para os respectivos apontamentos;

9.12. rejeitar parcialmente as alegações de defesa dos seguintes responsáveis, sem imputação do débito apontado no subitem 9.4 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário, ante a impossibilidade de sua quantificação verificada no curso deste processo para os responsáveis, mantidas no entanto parte das imputações relativas aos atos praticados no tocante à elaboração do Relatório de Análise AMC/DEIMV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 e à aprovação da operação pela Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR, de 1/4/2008, indicados nos subitens 9.4.1 e 9.4.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário:

9.12.1. Eduardo Rath Fingerl, José Cláudio Rego Aranha, Jaldir Freire Lima, Bruno Lintz dos Santos, Fernando Americo de Rezende Neto, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Rafael Petrocelli e Renato Francisco Martins (subitem 9.4.1 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário);

9.12.2. Luciano Galvão Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, Elvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos, Wagner Bittencourt de Oliveira e Jorge Kalache Filho (subitem 9.4.2 do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário);

9.13. julgar irregulares as contas dos responsáveis Srs. Luciano Galvão Coutinho, Eduardo Rath Fingerl, José Cláudio Rego Aranha, Fernando Americo de Rezende Neto, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Bruno Lintz dos Santos, Rafael Petrocelli, Renato Francisco Martins, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, e § 2º, 19, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU;

9.14. aplicar aos responsáveis Srs. Eduardo Rath Fingerl, Luciano Galvão Coutinho, Fábio Sotelino da Rocha, Renato Francisco Martins, José Cláudio Rego Aranha, Fernando Americo de Rezende Neto, Bruno Lintz dos Santos, Fernanda Farah de Abreu Zorman e Rafael Petrocelli, a multa prevista no art. 58, incisos I, II e III, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, incisos II e III, do Regimento Interno/TCU, nos valores individuais indicados na tabela abaixo, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

Responsável	Valor da Multa (R\$)
Eduardo Rath Fingerl	79.004,53
Luciano Coutinho	40.000,00
Fábio Sotelino da Rocha	30.000,00
Renato Francisco Martins	20.000,00
José Cláudio Rego Aranha	25.000,00
Fernando Americo de Rezende Neto	20.000,00
Bruno Lintz dos Santos	20.000,00
Rafael Petrocelli	7.000,00
Fernanda Farah de Abreu Zorman	7.000,00

9.15. determinar junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e sua subsidiária BNDESPAR, o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos dos responsáveis indicados por este acórdão, observados os limites previstos na legislação pertinente, com fundamento no disposto no art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992;

9.16. autorizar desde logo o a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações e/ou na inviabilidade de desconto nas remunerações, com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.17. julgar regulares com ressalvas as contas dos responsáveis Srs. Jaldir Freire Lima, Jorge Kalache Filho, Élvio Lima Gaspar, João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos e Wagner Bittencourt de Oliveira, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno, dando-lhes quitação;

9.18. remeter cópia deste acórdão ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, com fundamento no art. 209, § 7º, do Regimento Interno/TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis;

9.19. dar ciência do inteiro teor desta deliberação:

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

9.19.2. à Casa Civil da Presidência da República;

9.19.3. ao Ministério da Fazenda;

9.19.4. ao BNDES e à BNDESPAR;

9.19.5. à Advocacia Geral da União;

9.19.6. à J&F Investimentos S.A.;

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

9.19.8. à Delegacia de Combate à Corrupção e Crimes Financeiros/Superintendência de Polícia Federal no Distrito Federal;

9.19.9. à Força-Tarefa do Departamento de Polícia Federal no Rio de Janeiro atinente aos assuntos referentes ao BNDES/Coordenação-Geral de Polícia Fazendária;

9.19.10. à Comissão de Valores Mobiliários – CVM;

9.19.11. à Receita Federal do Brasil e ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf.”

TCU, Sala das Sessões, em 9 de abril de 2024.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO COMPLEMENTAR

Na sessão plenária de 8 de novembro de 2023, os eminentes Ministros Jorge de Oliveira e Jhonatan de Jesus pediram vista deste processo.

2. Agradeço aos ministros revisores pelas contribuições apresentadas. No entanto, mantenho minha posição original por entender que as falhas e irregularidades descortinadas pela Secretaria deste Tribunal foram graves.

3. Julgo necessário tecer esclarecimentos adicionais em relação a alguns aspectos dos presentes autos, concentrando minhas considerações nas fases de análise e de aprovação da operação.

II

4. No que se refere à **fase de análise da operação**, os subscritores do Relatório de Análise AMC/DEINV 01/2008 e AI/DEAICO 08/2008 (TC 034.935/2015-0, peça 5) propuseram a aprovação, pela Diretoria, da operação de apoio financeiro a Bertin, contendo as seguintes falhas de análise:

a) sem apropriado **levantamento do endividamento**;

b) que propunha a realização de investimento em *equity* em **empresa com péssima situação financeira**;

c) com **limite de exposição a risco em relação a essa empresa já ultrapassado**;

d) sem a expedição de *due diligence* para a confirmação das informações prestadas **pelo postulante dos recursos**, principalmente com relação ao elevado endividamento da empresa e a existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (*covenants*), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA;

e) sem adequada análise a respeito da efetiva **destinação dos recursos e sem demonstrar os benefícios** que o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, em termos de geração de empregos.

5. Com as devidas vênias, entendo que as normas internas do BNDES, inclusive o modelo do Relatório de Análise aprovado pela Resolução 1.470/2007-BNDES (peça 278, p. 84-132), dão sem sombra de dúvida **respaldo normativo** às críticas realizadas sobre a análise da operação, fornecendo **elementos objetivos** para exame das audiências realizadas, como passo a exemplificar.

6. A **etapa de análise** tinha por objetivo “fundamentar a decisão da Diretoria ou do Presidente na aprovação ou negação da solicitação” – nos termos do art. 24 da Resolução BNDES 1.463/2007 –, assumindo papel decisivo para o engendramento da operação. Trata-se, como se vê, do próprio exame da viabilidade da colaboração financeira ao postulante.

7. Das quatro classes de operações (art. 2º do Anexo da Resolução 1.463/2007-BNDES), a operação *sub examine* consistiu em “**operação elaborada**”, não se confundindo com operação ‘simplificada’, ‘clássica’ ou ‘de varejo’, o que naturalmente deveria exigir maior zelo por parte do grupo de análise do Banco.

8. O artigo 5º do Anexo à Resolução BNDES 1.470/2007 estabelecia *in verbis*:

Art. 5º. Os Modelos referidos nos Artigos 3º e 4º do presente instrumento contêm os **itens que devem ser obrigatoriamente tratados pelo Grupo de Análise**.

Parágrafo Primeiro - O Grupo de Análise poderá, a seu critério, inserir itens opcionais, desde que os considere imprescindíveis para a tomada de decisão pelo órgão competente. – g.n.

9. Reparem que o §1º supra parece conferir certa **discrecionariedade aos membros do Grupo de Análise** para inserir elementos capazes de viabilizar a tomada de decisão quanto ao

deferimento ou não da operação, afinal este é o objetivo da análise previsto na própria Resolução BNDES 1.463/2007, a qual deveria ser de amplo conhecimento dos responsáveis.

10. Como se vê, existem, sim, **parâmetros normativos** suficientes para exigir conduta diversa daquela praticada pelos responsáveis pela fase de análise.

11. Em acréscimo, e apesar de a Resolução 1.463/2007-BNDES dedicar todo um capítulo à fase de análise (Capítulo III - artigos 24 a 39), é forçoso reconhecer ser desarrazoado exigir, para fins do exercício do Controle Externo, que as normas tomadas como critérios de auditoria/responsabilização contivessem expressões analíticas quanto à **integralidade do comportamento esperado dos agentes públicos**.

12. Vale também destacar que a análise da operação em tela não demandou conhecimentos aprofundados do ramo da engenharia civil, como em outras operações do BNDESPar/BNDES examinadas por esta Casa, eis que a análise da operação em epígrafe possui **natureza eminentemente financeira**, inserindo-se, portanto, na expertise dos funcionários e no cerne das atividades cotidianas de uma instituição como o BNDES.

13. Diante de tal cenário, não me parece desarrazoado exigir dos agentes responsáveis pela análise da operação o exame e a produção de **informações precisas, corretas e completas** quanto aos riscos da operação, ao local em que os recursos seriam investidos, aos benefícios para a sociedade, entre outros aspectos, e afinal para a tomada de decisão pela Instituição.

14. A relevância da etapa de análise somada à magnitude do valor autorizado (R\$ 2,5 bilhões), levam-me a concluir pela caracterização de falhas graves na conduta dos responsáveis por esta fase, equiparáveis ao erro grosseiro, passível de responsabilização.

15. Ato normativo que exigisse **zelo** daqueles técnicos do BNDES que atuam na análise das propostas seria normatizar o óbvio, vez que este é inerente a suas atribuições. No mesmo sentido exigir que o nível de detalhamento da análise fosse compatível com a **classe da operação** (elaborada) e o **volume de recursos** envolvidos.

16. Não é demais lembrar que a análise tinha por objetivo normativo “**fundamentar a decisão da Diretoria**” (art. 24 da Resolução BNDES 1.463/2007) e que os analistas poderiam “a seu critério, inserir itens opcionais [no relatório de análise], desde que os considerassem **imprescindíveis para a tomada de decisão** pelo órgão competente” (parágrafo único do artigo 5º do Anexo à Resolução BNDES 1.470/2007).

17. Acerca da ausência de levantamento apropriado do endividamento, elemento central na análise de toda operação financeira, permito-me cotejar o Relatório de Análise da operação em epígrafe (TC 034.935/2015-0, peça 5, p. 57) com o Modelo do Relatório de Análise estabelecido pela Resolução BNDES 1.470/2007 (peça 278, p. 131). A partir daí, observa-se que o Relatório suprimiu o item “Análise Retrospectiva”, o qual compunha um dos três itens exigidos no Capítulo do Modelo quanto aos “Aspectos Econômico-Financeiros”.

18. Assim, apesar da crescente “dívida líquida” do postulante, apontada da seção 4.1 “Principais Indicadores Econômico-Financeiros” do Relatório de Análise (TC 034.935/2015-0, peça 52, período de 2005 a 2007), toda a **análise do endividamento se limitou a três parágrafos** (TC 034.935/2015-0, peça 5, p. 57, Capítulo 4, item “endividamento”), descrevendo a captação de novos recursos e seus custos, deixando indevidamente de examinar a situação corrente da proponente num caso de valor vultoso.

19. Trata-se, portanto, de claro **descumprimento de obrigação funcional** pelos agentes públicos que subscreveram o multicitado relatório de análise.

20. Os próprios elementos constantes dos autos apontam que o elevado nível de endividamento do postulante era anterior à análise, sendo conhecido do banco ao menos desde junho de 2008 (dados do balanço patrimonial de 30/6/2008, contidos no primeiro relatório de acompanhamento, IP AMC/DEPAC 127/08, de 4/9/2008), não sendo totalmente decorrente da crise do *subprime* (que

alcançou seu auge em setembro/2008) ou da elevação do dólar em 2008 (que se intensificou a partir de outubro/2008).

21. Fosse o levantamento do endividamento realizado com o devido zelo e de acordo com o Modelo de Relatório de Análise normatizado, muito provavelmente o BNDESPar não se visse compelido a realizar o aporte diretamente na JBS para apoiar a incorporação da Bertin, a qual supostamente teria sido realizada para “salvar” o valor investido na Bertin.

22. Como se vê, as falhas apontadas na fase de análise não são meras formalidades, tampouco consistem em exigências desarrazoadas do Controle Externo, eis que dizem respeito a aspectos centrais da operação tendentes à mitigação dos riscos aos cofres do Banco e à garantia do alinhamento das operações às diretrizes aplicáveis o que, em última instância, atua no alcance das finalidades organizacionais do BNDES.

23. Consoante reconheceu o MP/TCU (peça 1.584, p. 34, item 222),
a **ausência do levantamento apropriado do endividamento consistiu em falha grave, equiparável ao erro grosseiro**, passível de responsabilização. Trata-se de conduta adequadamente descrita no acórdão que determinou a citação e que importou atuação destoante do necessário “zelo com os recursos públicos”, compreendido nos valores do BNDES.

24. Ainda que se esteja concluindo pela ausência de dano ao erário na operação, as falhas na análise colocaram em risco o BNDESPar, de modo absolutamente desnecessário, bem como deram margem a dúvidas quanto à legitimidade da operação face às finalidades institucionais do BNDES.

25. Ante o exposto, mantenho minha posição original quanto à aplicação de multa aos responsáveis que atuaram na fase de análise da operação, a saber: Fernanda Farah de Abreu Zorman, Eduardo Rath Fingerl, Fábio Sotelino da Rocha, Renato Francisco Martins, José Cláudio Rego Aranha, Fernando Americo de Rezende Neto, Bruno Lintz dos Santos e Rafael Petrocelli.

III

26. Também quanto à etapa de **aprovação da operação** pela Diretoria, entendo que o exame dos elementos constantes dos autos permite se chegar à conclusão pela ocorrência de falhas graves, em linha com o que apontou a ilustre Procuradora-Geral em seu Parecer.

27. Lembro que, no Voto disponibilizado anteriormente, **acolhi a proposta parcialmente divergente do MP/TCU** de que caberia maior responsabilidade ao Diretor-Presidente (em razão da direção máxima dos negócios) e ao Diretor da Área de Mercado de Capitais (em razão de ter ciência da operação tanto em nível de diretoria como pelo fato de ter atuado na etapa de análise da operação, tendo assinado o Relatório de Análise).

28. Observou-se a aprovação da operação permeada por falhas graves de enquadramento e de análise, tornando reprováveis as condutas de Luciano Coutinho e Eduardo Rath Fingerl.

29. Mesmo considerando a existência de mazelas na governança decisória do Banco e a identificação de falhas semelhantes em diversas operações do BNDES examinadas por esta Casa, diante da gravidade das falhas constatadas e do vulto da operação, entendo que não se está diante de meras impropriedades escusáveis.

30. Não é demais lembrar que todas estas operações eram realizadas, à época, de maneira absolutamente opaca, sob o manto do sigilo bancário, sem a devida transparência aos órgãos de controle ou à própria sociedade.

31. Como cediço, o exame empreendido sobre tais operações somente foi possível, anos depois, por força de deliberação da Suprema Corte, a despeito de consistente oposição por parte do Banco, inclusive na esfera judicial. Assim, é razoável pressupor que, por ocasião da análise e aprovação da operação em epígrafe, era baixíssima a expectativa de controle dos empregados e dirigentes do Banco quanto à sua atuação.

32. Diante de tal contexto e da relutância do escalão dirigente do Banco em disponibilizar os dados das operações, inviabilizando à época o efetivo exercício do Controle Externo sobre suas atividades finalísticas, entendo que **não se pode contemporizar as falhas identificadas a partir de seu aparente caráter sistêmico**. Cada indivíduo é responsável por agir de acordo com as normas estabelecidas pela instituição.

33. Em um Estado comprometido com a aplicação da lei e com a manutenção do estado de Direito, não se poderia admitir que a quantidade de infrações detectadas tenha o condão de afastar a aplicação de penalidades aos agentes responsáveis.

34. Com efeito, o aparente caráter sistêmico das irregularidades observadas nas etapas de análise e aprovação da operação em tela não dá azo, por si só, ao afastamento da culpabilidade dos agentes públicos responsáveis.

IV

35. Quanto ao alinhamento das operações de apoio à internacionalização da Bertin/JBS relativamente à atuação finalística do BNDES e do BNDESPar, considero importante tecer algumas considerações adicionais a respeito.

36. Analisando sistemicamente as normas que deveriam orientar a atuação do Banco, a mais elevada delas, o Estatuto Social do BNDES vigente à época, estabelecia que o Banco tinha “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**”.

37. O mesmo diploma estatutário estabelecia 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”.

38. Além disso, à época das operações, a missão institucional do BNDES era “**promover o desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira, com geração de emprego e redução das desigualdades sociais e regionais**”. Nessa mesma linha, o Regulamento Geral das Operações – RGO do Banco estabelecia 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**”.

39. Em vista dessas normas, resta claro que **as operações do BNDES devem ser analisadas primariamente para além da ótica meramente financeira** afim de que, sejam também atingidos, os aspectos relacionados ao desenvolvimento econômico e social esperados.

40. Não obstante isso, nas operações em apreço, observa-se que **não há qualquer análise pelo BNDES a respeito dos aspectos relacionados ao desenvolvimento social do país, tampouco em relação a alguns dos aspectos econômicos e de desenvolvimento sustentável de interesse do país**.

41. **O fato de o negócio se mostrar promissor e lucrativo não pode ser utilizado como premissa isolada para justificar o apoio do Banco.**

42. No entanto, o que se observa é que essa foi a justificativa que tem prevalecido.

43. Em nenhuma das três operações analisadas o BNDES considerou aspectos de desenvolvimento econômico e social dos projetos, como por exemplo o montante de empregos gerados, ou perdidos, no país como consequência das operações sob análise. Assim, passados tantos anos dessas operações, **não se sabe até hoje quais os resultados positivos foram gerados para o país**, uma vez que a única finalidade do apoio do Banco para o enquadramento, análise e aprovação das operações em apreço, foi a expectativa de lucro e sucesso do negócio a longo prazo. **O BNDES,**

em suas operações, antes de buscar o lucro tem como missão primordial a busca do desenvolvimento econômico e social do país. Na missão legal do BNDES, a obtenção de lucro se subordina à busca por desenvolvimento, e não o contrário.

44. A natureza pública do capital social do BNDES – alcançando também sua subsidiária –, **impede que sua finalidade primária de atuação seja a obtenção de lucro**, como na iniciativa privada.

45. A obtenção de lucro financeiro poderia ocorrer desde que atendida sua missão institucional, finalidade primária de sua atuação. Consoante leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in Curso de Direito Administrativo, 16ª ed., Capítulo I, item 5):

os próprios interesses públicos também se distinguiram em subcategorias de importância prática, como a que parte da diferenciação entre interesses públicos primários, que dizem respeito à sociedade, e os interesses públicos secundários, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral à qual se imputam direitos e deveres, valendo observar que **os interesses públicos secundários só são legítimos quando forem instrumentais para o atingimento dos primários**. – g.n.

46. Sob tais premissas, oportuno refletir quanto à possibilidade de existir uma operação superavitária para o Banco, mas que tenha desatendido sua finalidade institucional e, assim, não estaria alinhada ao interesse público primário. Nessa hipótese, a operação não me parece legítima. O uso dos recursos públicos necessita buscar o atendimento da atividade primária, que é o desenvolvimento econômico e social do país.

47. Por outro lado, **poderia haver uma operação deficitária para o Banco que venha a atender plenamente à sua finalidade institucional**. Nessa hipótese, a operação, a depender de sua justificativa, poderia ser considerada legítima.

48. Assim sendo, a existência de resultado financeiro positivo da operação **é fato que não garante a legitimidade da operação nem afasta a reprovabilidade das condutas em tela**.

49. Para assegurar o alinhamento das operações aprovadas com sua missão institucional, os atos normativos do Banco exigiam uma série de exames das equipes responsáveis pelo enquadramento e análise. Este trabalho, ao fim e ao cabo, garantiria que a priorização dos investimentos estivesse alinhada à sua missão e, afinal, ao interesse público primário.

50. Não se pode desconsiderar, ainda, o custo de oportunidade dos significativos valores aportados pelo BNDES nessas operações em relação a outras ações que o Banco poderia realizar com os **recursos públicos** desembolsados, tendo em vista a concessão de significativos valores a custo zero para o beneficiário, em que o Banco assumiu os riscos inerentes ao mercado de ações para alavancar o crescimento de uma empresa privada, em um cenário de escassez de recursos públicos, sem garantir que a operação traria benefícios à sociedade brasileira.

51. Nessa linha, cabe mencionar que, no âmbito do TC 034.932/2015-1, a equipe de auditoria apontou que o Programa de Desenvolvimento Produtivo - PDP, que serviu de fundamento para as operações de apoio à aquisição de empresas pela JBS, 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"*. Entretanto, a análise dos dados disponíveis sobre o setor demonstrava uma evolução em sentido contrário, resultando na consolidação da recuperação dos Estados Unidos no mercado mundial de carne, em detrimento da participação das exportações brasileiras nesse mesmo mercado.

52. Ademais, também não foram avaliados os possíveis efeitos negativos ao desenvolvimento econômico e social do país, relativamente à concentração de mercado, tais como diminuição da concorrência, elevação do preço do produto, prejuízos à cadeia de fornecedores, barreiras à entrada de novas empresas, entre outros.

53. Ou seja, não há, até hoje, evidências sobre os benefícios da operação em tela ao desenvolvimento econômico e social do país.

54. Pelo contrário, a equipe de auditoria aponta prejuízo ao setor de produção de proteína brasileiro, com redução de exportações e concentração de mercado, ao mesmo tempo de benefícios ao mesmo setor nos Estados Unidos, consolidando sua recuperação no mercado mundial de carnes em detrimento das exportações brasileiras.

55. Ressalto que não se contesta aqui o apoio à internacionalização de uma empresa brasileira, mas sim que o banco de fomento, por meio de seu braço no mercado de capitais, **venha justificar falhas graves em suas operações com base apenas no lucro então obtido.**

56. Mesmo tomando por base este aspecto, chama a atenção que a rentabilidade do investimento obtido com as operações realizadas com a JBS, aventada como o grande êxito dessas operações, revela-se até mesmo consideravelmente inferior caso o montante aportado nessas operações tivesse sido investido em uma aplicação conservadora e de baixo risco, a exemplo dos investimentos atrelados à taxa Selic. Por exemplo, no caso da operação da Bertin S/A, enquanto o lucro do investimento foi alegadamente de R\$ 4,72 bilhões¹, caso o valor inicial (R\$ 2,5 bilhões) houvesse sido investido com rendimento da taxa Selic **o lucro seria de R\$ 7,78 bilhões no período**, conforme dados do Banco Central².

57. Ainda, conforme destacado pela então SecexEstataisRJ no âmbito do processo da Pilgrims “já foi demonstrado em outros processos que os inúmeros apoios financeiros concedidos pelo BNDES no período pós-crise de 2008, com recursos do Tesouro Nacional, **geraram um custo significativo para as contas públicas.** Independentemente da fonte desse recurso específico, fato é que o país estava em um momento em que havia escassez de crédito e uma grande necessidade de ações que incentivassem a retomada da economia. Nesse contexto, direcionar recursos para qualquer operação sem uma análise mínima dos benefícios para o país é, sim, um desvio das finalidades do Banco. No caso, tratava-se de uma operação voltada, principalmente, para aquisição de empresa no exterior. **Saltava aos olhos a necessidade de verificar que externalidades positivas haveria aqui**” (destaquei).

58. **Assim, penso que não se sustenta o argumento que recorre apenas à lucratividade como justificativa para desconsiderar as irregularidades detectadas nessas operações, muito mais quando não há evidências de atendimento à missão primária do BNDES no desenvolvimento econômico e social do país.**

V

59. Gostaria de ressaltar, por fim, e diante dos apontamentos realizados neste processo, incluindo todo o percurso aqui vencido, que resta evidenciado o dever do BNDES de evitar que ocorra, no futuro, situação semelhante à descrita nesses autos.

¹ Considerando o montante de 250,2 milhões de ações recebidas pela instituição na operação de incorporação da Bertin pela JBS com o valor de fechamento das ações em 28/3/2024 no valor de R\$ 21,50, acrescidos dos valores de dividendos recebidos entre 2010 e 2024 relativamente ao referido montante de ações. O valor dos dividendos pode ser obtido a partir da Nota Técnica AMC/DEGEA1 nº 011/2022, de 12/09/2022 (peça 1566), documento em que o BNDES apresenta memória de cálculo referente ao resultado positivo da operação com Bertin e JBS. O valor de dividendos recebidos entre 2010 e agosto de 2022, conforme a referida Nota Técnica, chega a R\$ 1,34 bilhão. Posteriormente a agosto de 2022, a JBS pagou dividendos à razão de R\$ 1,00 por ação, em duas oportunidades: 24/11/2022 e 26/06/2023 (Disponível em: <https://ri.jbs.com.br/informacoes-aos-acionistas/dividendos/>. Acessado em: 7/4/2024).

² Considerando os valores aportados pela BNDESPar na operação da Bertin S/A em quatro parcelas ao longo do ano de 2008, sendo R\$ 1 bilhão no final de abril, R\$ 500 milhões e R\$ 300 milhões em setembro e R\$ 700 milhões no final de dezembro daquele ano, corrigidos pela taxa Selic até 28/3/2024, utilizando-se a Calculadora do Banco Central do Brasil (Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores&ba=4>, acessado em 7/4/2024).

60. Penso que diante de todo o conjunto de apontamentos realizados nestes autos, deva este Tribunal endereçar ao BNDES um conjunto de recomendações a fim de melhorar a governança, a transparência, a adequação e o controle de seus processos de apoio a empresas pleiteantes.

61. Nesta oportunidade, portanto, em que examinado o mérito deste processo, após o contraditório devido, entendo que cabem medidas de orientação preventiva ao jurisdicionado a evitar que ocorra, no futuro, situação semelhante à descrita nesses autos no tocante aos procedimentos de enquadramento e análise, aprovação e acompanhamento das operações.

62. **A ausência dessas medidas de orientação no Acórdão, juntamente com julgamento das contas em regularidade plena, indicaria ao BNDES que o procedimento ora analisado não comportou erros e falhas, de que nada precisa ser corrigido na governança interna do Banco e, mais e pior, de que o BNDES poderia, sem risco, repetir, no futuro, os mesmos procedimentos, uma vez que teriam sido agora aprovados de forma plena pelo TCU.**

63. A meu sentir, a observância desse dever precisa ser um dos **objetivos principais de todo esse processo**. Entendo ainda ser dever desta Corte de Contas, pelo conhecimento que adquiriu, exercer, agora e no futuro, o controle necessário à dissuasão e prevenção de ocorrências futuras de mesma natureza.

64. Inobstante, dada a conexão entre o TC 036.606-2018-9 e o presente feito, deixo para propor naqueles autos medidas estruturantes para a necessária elevação da governança do Banco.

65. Nos referidos autos, faço análise acerca das razões do expressivo número de responsáveis arrolados, as quais são de todo pertinentes também no presente processo.

Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 9 de abril de 2024.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

VOTO REVISOR

Na sessão de 8 de novembro de 2023, pedi vista dos autos no intuito de contribuir para a discussão do Colegiado e estudar o presente processo em conjunto com o TC 036.606/2018-9 e o TC 010.398/2017-1, também sob apreciação nesta sessão extraordinária.

2. Antes de tudo, agradeço ao Relator, Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, bem como ao Presidente desta Casa, Ministro Bruno Dantas, pela oportunidade que concederam a mim e a meus pares de estudar o processo de forma mais detalhada, ante a complexidade das inúmeras citações e audiências integrantes destes autos.

3. Gostaria também de trazer meus cumprimentos à representante do Ministério Público junto ao TCU nestes autos, Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa, que analisou os autos com extrema minúcia.

4. Cuida-se aqui de uma das quatro tomadas de contas especial (TCE) autuadas em decorrência do Acórdão 3.011/2015-Plenário, também de relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, que examinou auditoria realizada a pedido da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC) em operações de crédito e de mercado de capitais realizadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), por intermédio de sua subsidiária BNDES Participações S.A. (BNDESPar), com o grupo empresarial JBS, no período de 2005 a 2014.

5. Este processo foi instaurado mediante a conversão da representação (TC 034.935/2015-0) que apurou indícios de dano e demais irregularidades relacionadas à operação de participação acionária da BNDESPar na empresa Bertin S.A. e sua posterior incorporação pela empresa JBS S.A.

6. A primeira operação, realizada em 2008, consistiu na aquisição de 26,92% das ações da Bertin S.A. pela BNDESPar, mediante aporte de R\$ 2,5 bilhões na referida empresa. A segunda, ocorrida em 2009, consistiu na incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A., no âmbito do projeto inicialmente proposto por essa última à BNDESPar para aquisição da empresa americana Pilgrim's, (tratada individualmente no TC 036.606/2018-9).

7. A estratégia de apoio financeiro ao frigorífico Bertin S.A., assim como os demais processos examinados nesta sessão, alinhava-se, à época, com a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), posteriormente sucedida pela Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), que buscava fomentar, por meio do BNDES, empresas brasileiras que tinham potencial para se tornarem líderes mundiais em seus setores.

8. Portanto, a operação sob exame teve, dentre outros, explícito propósito de fortalecer a estrutura de capital da empresa brasileira Bertin e de promover melhores práticas de gestão, governança e sustentabilidade.

9. Nesta fase processual, são examinadas as citações e audiências de 72 diretores e empregados do BNDES, promovidas por força do Acórdão 2.154/2018-Plenário e por despacho do Relator.

II

10. Apura-se nesta TCE se a aquisição de ações da Bertin S.A. teria gerado prejuízo à BNDESPar, no valor histórico de R\$ 670 milhões, em razão da perda de valor do investimento de R\$ 2,5 bilhões, o que ensejou a citação dos agentes responsáveis pela elaboração do relatório de análise que fundamentou a operação, bem como dos participantes da decisão da diretoria que a aprovou. Realizou-se ainda a citação da empresa JBS, na qualidade de sucessora da Bertin.

11. Também foram promovidas nestes autos diversas audiências de funcionários do BNDES responsáveis pela fase de enquadramento e de acompanhamento da operação de crédito em questão.
12. Em linhas gerais, houve concordância entre a unidade instrutiva, o MPTCU e o Relator pelo afastamento do dano inicialmente imputado.
13. Por estar de acordo com a insubsistência do débito, trato apenas das audiências remanescentes, relativas às fases que antecederam a operação de participação acionária junto à Bertin S.A.
14. O exame inicial da solicitação de apoio financeiro realizou-se por meio da instrução de enquadramento da operação. Nesta etapa, delimitou-se dois grupos de responsáveis: os agentes signatários da Instrução de Enquadramento IP AP/DEPRI 592/2007, que concluiu favoravelmente à operação, e os membros do Comitê de Enquadramento e Crédito (CEC), que, na 135ª Reunião, acolheram a proposta de participação acionária.
15. O ilustre Relator divergiu da proposta elaborada pela unidade instrutiva e se alinhou à proposição final do *parquet*, no sentido da não aplicação de sanção àqueles que laboraram nessa fase de enquadramento.
16. Estou de acordo com Sua Excelência, mas considero que devam ser julgadas regulares as contas dos referidos responsáveis, dando-lhes quitação plena.
17. Por sua vez, com relação à fase de análise da operação de aquisição de participação acionária da Bertin, considero que, diante da ausência de normas que apontassem objetivamente o nível de detalhamento do exame das operações de renda variável, bem como da ausência de comparação com outras operações da espécie realizadas pela BNDESPar na época, a fim de se verificar se a condução dessa etapa discrepou dos procedimentos ordinariamente adotados pelo banco, não me parece razoável a aplicação de sanção aos responsáveis.
18. Mesmo a falha de maior gravidade apontada pelo MPTCU, consistente na ausência do levantamento apropriado do endividamento da Bertin S.A., o que teria redundado em uma operação financeira de elevado risco, não pode ser compreendida como descumprimento de obrigação funcional, tampouco como afronta a parâmetros normativos nem mesmo como omissão na realização de análises objetivas obrigatória.
19. Assim, voto pelo acolhimento das razões de justificativa apresentadas, opinando que suas contas sejam julgadas regulares, dando-lhes quitação plena.

Ante o exposto, e com minhas escusas por divergir do Relator, VOTO no sentido de que o colegiado adote a deliberação que ora lhe submeto.

TCU, Sala das Sessões, em 9 de abril de 2024.

JORGE OLIVEIRA
Revisor

VOTO REVISOR

Versam os autos sobre tomada de contas especial (TCE) instaurada a partir da conversão do TC 034.935/2015-0, determinada pelo subitem 9.2 do Acórdão 2.154/2018-Plenário, que teve por objeto apurar indícios de dano e demais irregularidades relacionadas à operação de participação acionária da BNDES Participações – BNDESPar na empresa Bertin S.A. e à posterior incorporação desta pela empresa JBS S.A.

2. A gênese da presente tomada de contas especial remonta ao TC 007.527/2014-4, em que, por solicitação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados - CFFC, se apreciaram as operações de crédito e de mercado de capitais realizadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e pela BNDESPar com o Grupo JBS, entre os anos de 2005 e 2014, com vistas a esclarecer os aspectos financeiros, os critérios utilizados na escolha das empresas do setor e as vantagens sociais geradas.

3. O relatório de auditoria decorrente do citado trabalho foi apreciado por este Tribunal por meio do Acórdão 3.011/2015-Plenário, cujos subitens 9.2 e 9.3 determinaram a autuação de quatro processos apartados, a fim de que fossem analisadas quatro operações específicas, entre elas a participação acionária na empresa Bertin S.A. – projeto 1742853.0001/2008 – e sua posterior incorporação pela empresa JBS.

4. Assim, dando cumprimento à referida determinação, foi autuada a representação TC 034.935/2015-0, que, posteriormente, por força do Acórdão 2.154/2018-Plenário, foi convertida na presente TCE.

5. Em apertada síntese, à luz dos elementos constantes dos autos e do voto trazido pelo eminente relator, apreciam-se os atos de empregados e do corpo diretivo do BNDES que conduziram à análise, validação, aprovação e efetivação de apoio financeiro por parte da BNDESPar à empresa Bertin S.A., posteriormente incorporada pelo Grupo JBS.

6. Nos termos de seu voto, e conforme constante do Acórdão 2.154/2018-Plenário, o relator elenca os atos que denotariam tratamento diferenciado e favorecido à JBS relativamente à operação em questão: aprovação de operação de apoio financeiro, na modalidade renda variável, no valor de até R\$ 2,5 bilhões em tempo exíguo, com relatórios e análises sem o embasamento necessário diante da complexidade e do volume de recursos; ausência de levantamento apropriado do endividamento da empresa Bertin S.A.; ausência de expedição de *due diligences* para confirmação das informações prestadas; proposição da realização de investimento em *equity*, embora a Bertin S.A. estivesse em péssima situação financeira; permissão para que a maior parte dos recursos investidos naquela sociedade, via participação acionária, fosse destinada majoritariamente à melhoria de sua estrutura de capital, em detrimento do cumprimento do Plano de Negócios; ausência de acompanhamento da utilização e aplicação do elevado montante de recursos entregues àquela empresa; e aprovação de enquadramento de operação de fusão entre JBS S.A. e Bertin S.A., mediante apoio financeiro da BNDESPar, com base em *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A.

7. Em sua análise, o relator afasta a ocorrência da prescrição, à luz da Resolução TCU 344/2022. Para tanto, adota como marco inicial de contagem do prazo prescricional a juntada do Relatório de Fiscalização 423/2014 ao TC 007.527/2014-4, ocorrida em 16/11/2015. As potenciais irregularidades somente foram levadas ao conhecimento desta Corte em 2015, após o levantamento do sigilo das operações do BNDES determinado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Mandado de Segurança 33.340/DF. Desde então o relator destaca a ocorrência de algumas causas interruptivas de prescrição, como os Acórdãos de Plenário 3.011/2015, de 25/11/2015, e 2.154/2018, de 12/9/2018,

as diversas citações e audiências dirigidas aos responsáveis, a instrução da unidade técnica, entre outros; com fundamentação identicamente robusta, rechaça a ocorrência da prescrição intercorrente.

8. No que tange ao possível dano ocorrido aos cofres públicos, esclarece Sua Exa. que, quando da prolação do Acórdão 2.154/2018-Plenário, *“os elementos contidos nos autos indicavam fortes indícios de que a análise realizada pela BNDESPar sobre a operação de aporte de capital na Bertin S.A. apresentou um grande número de falhas cujo efeito combinado das mesmas resultaram na avaliação de Bertin não condizente com a realidade da empresa naquele momento, culminando em superestimativa do valor da empresa”*.

9. O histórico dessa complexa operação remonta a 2008, ano da aquisição de 26,92% do capital da Bertin pela BNDESPar, ao valor de R\$ 2,5 bilhões. Os recursos levantados seriam utilizados para reforço de caixa da companhia, que havia feito uma série de aquisições, e para sustentação de seu processo de internacionalização. Contudo, com a crise financeira de 2008, a situação financeira da empresa se deteriorou rapidamente, mormente devido ao seu elevado endividamento, à exposição ao dólar, à inadimplência de grandes clientes e, conseqüentemente, à dificuldade de acesso a crédito diante da elevação da percepção de risco.

10. Em função desse quadro buscaram-se soluções para a companhia, com a prospecção de *players* interessados em algum tipo de associação ou mesmo em fusão. Em 2009 proposta de aquisição feita pela empresa Marfrig não se consolidou devido, entre outros fatores, à avaliação proposta de apenas R\$ 1 bilhão para o investimento da BNDESPar na Bertin, o que importaria a esta prejuízo de R\$ 1,5 bilhão (no ano anterior a BNDESPar havia desembolsado R\$ 2,5 bilhões pela aquisição de 26,92% do capital da Bertin).

11. Posteriormente se concretizou a operação de incorporação da Bertin pela JBS, para a qual a Assembleia Geral de Acionistas da JBS aprovou a emissão de 929.392.550 novas ações ao valor de R\$ 12,89 cada, totalizando R\$ 11,987 bilhões. Tais ações seriam integralmente utilizadas para troca por ações da Bertin, ao fator de equivalência de 39,25% para a Bertin e 60,75% para a JBS (1 ação ordinária de emissão da Bertin para cada 32,45518835 novas ações de emissão da JBS resultantes do aumento de capital derivado da incorporação de ações de emissão da Bertin); assim, por sua participação na Bertin, a BNDESPar recebeu 250.210.483 ações da JBS.

12. Finda a operação de incorporação, o capital social da nova JBS restou definido em R\$ 16,483 bilhões, valor resultante da soma dos R\$ 11,987 bilhões emitidos para aquisição da Bertin aos já existentes R\$ 4,496 bilhões de capital social da JBS anteriormente à incorporação.

13. O valor registrado para a operação nos sistemas da BNDESPar foi de R\$ 2,453 bilhões. Contudo, pontua o relator que, ao se efetuar avaliação a preços de mercado, pela média dos preços de fechamento dos 60 pregões anteriores ao anúncio da operação (16/9/2009), o valor justo das ações da JBS seria de R\$ 7,31 e que, assim, as 250,2 milhões de ações recebidas pela BNDESPar em função de seu investimento na Bertin, na realidade, seriam avaliadas em apenas R\$ 1,83 bilhão (R\$ 7,31 por ação x 250,2 milhões de ações).

14. Nesse sentido, o prejuízo decorrente da operação de aporte de recursos na empresa Bertin S.A., seguida de sua incorporação pela JBS, seria da ordem de R\$ 670 milhões, montante equivalente à diferença entre o investimento inicial realizado na Bertin, no valor total aproximado de R\$ 2,5 bilhões, e o valor R\$ 1,83 bilhão, equivalente ao valor das ações da JBS recebidas pela BNDESPar por sua participação no capital da Bertin, conforme memória de cálculo acima demonstrada.

15. Relativamente aos indícios de prejuízo inicialmente ventilados, o eminente relator, corroborando os entendimentos da unidade técnica e do MPTCU (em menor extensão em relação ao órgão ministerial), entendeu pelo afastamento da imputação de débito aos responsáveis, bem como de eventuais multas dele decorrentes.

16. Em suas razões de decidir pontuou Sua Exa, inicialmente, que a metodologia originalmente adotada para apuração do potencial prejuízo (média dos 60 pregões anteriores à operação) não se mostrava a mais adequada. Ademais, destacou que a forma correta de apurar o dano decorrente de eventual aquisição de participação acionária seria com base em *valuation* superestimado na operação inicial, apontando-se as devidas irregularidades relativas aos parâmetros culposa ou dolosamente adotados nessa precificação. Com isso, entende “*razoável concluir que dano possivelmente houve já por ocasião do aporte, porém não foi quantificado para fins de imputação aos responsáveis pela operação, e também não foram encontrados elementos para sua estimativa com razoável segurança de que não excederia o real valor devido, nos termos do art. 210, § 1º, inciso II, do Regimento Interno/TCU*”.

17. Assim, em vez de perquirir eventual prejuízo decorrente do resultado da operação, o eminente relator se volta ao momento do aporte inicial realizado pela BNDESPar na empresa Bertin, ponderando que “[p]elos dados e informações examinadas nos autos, é possível deduzir que já por ocasião daquele aporte inicial a situação da empresa não era boa, e que muito provavelmente já valia menos que o avaliado pela BNDESPar para fins de aporte de capital”.

18. Nessa lógica, eventual prejuízo incorrido no momento do aporte inicial de recursos jamais poderia ser compensado pela valorização do investimento, porquanto o investidor não teria pago valor justo no momento do negócio – mediante desembolso menor ou aquisição de mais ações. Logo, possível resultado positivo resultante da incorporação da Bertin pela JBS em 2009 não teria o condão de compensar eventual sobreprecificação da Bertin quando da aquisição de suas ações pela BNDESPar em 2008.

19. Não obstante, pondera o relator que o valor econômico da operação para os controladores da Bertin, se levado a registro pelo valor da negociação havida e aprovada por assembleia de acionistas, utilizado, inclusive, para fins tributários, corresponderia a R\$ 8,75 bilhões (929.392.550 emitidas - 250.210.483 ações recebidas pela BNDESPar = 679.182.067 ações recebidas pelo Fundo Bertin FIP x 12,89 = 8.754.656.843,63), em vez dos R\$ 4,9 bilhões levados a registro no referido fundo, por sua participação de 73,08% na Bertin. Por esse motivo, entende Sua Exa. não ser possível utilizar a metodologia de aferição de prejuízo inicialmente intentada, uma vez que os valores econômicos atribuídos para fins de chegar ao cálculo seguro do dano se valeram de premissa que não correspondeu efetivamente ao valor econômico atribuído na operação.

20. Firme nessas convicções, conclui pelo não cabimento de imputação de débito aos responsáveis ante a impossibilidade de sua quantificação segura; essa é a mesma linha adotada pela SecexFinanças em sua instrução (peça 1457):

“933. No caso em análise, houve aquisição de percentual de participação na Bertin S.A. com base em *valuation* elaborado com premissas equivocadas, conforme se concluiu. Porém, não se possui outra avaliação que se julgue adequada, tampouco foi possível refazer o *valuation*, de modo a se chegar a valor exato, ou que se possa atribuir com razoável certeza à empresa naquele momento. Com isso, não foi possível quantificar o dano no momento da primeira operação.

[...]

937. Assim, há que se acatar os argumentos no sentido de que o dano teria de ser apurado no momento do aporte, o que leva ao afastamento do débito imputado aos responsáveis. Há suficientes indícios de que a Bertin S.A. foi sobreavaliada, porém não há razoável certeza sobre qual seria o seu valor de mercado naquele momento, impossibilitando, até mesmo, o cálculo do dano por estimativa.”

21. Não obstante afastar o débito, entende Sua Exa. ser cabível perquirir a responsabilidade dos empregados e do corpo diretivo da BNDESPar quanto à regularidade dos atos e procedimentos adotados durante todas as etapas relativas à operação, conforme irregularidades elencadas no item 6 deste voto revisor. Assim, após percuciente e esmerada análise das condutas de cada responsável, conclui pelo

acolhimento das razões de justificativa de alguns responsáveis e pela rejeição parcial ou total das de outros, julgando regulares as suas contas e aplicando multa aos responsáveis constantes de seu voto.

22. Eis uma breve síntese.

23. De início, consigno meus elogios às atuações do eminente relator, Ministro Augusto Sherman, da representante do Ministério Público de Contas e da área técnica desta Corte. O tema é extremamente complexo e repleto de idiosincrasias, demandando de todos estudo atento, detalhado e cuidadoso dos documentos e manifestações. Espero, com o presente voto revisor, contribuir com os eminentes pares para maior compreensão da matéria.

24. Replico parte das considerações que já externei em meu voto revisor no TC 010.398/2017-1, que trata de TCE decorrente da operação entre a BNDESPar e a JBS visando à capitalização desta para posterior aquisição da empresa americana Swift Foods & Co.

25. Naqueles autos destaquei que as empresas estatais, entre elas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, nada mais são do que instrumentos – como tantos outros – de que pode se valer o Estado para dar consecução aos seus encargos e finalidades constitucionalmente estabelecidos. As funções e as atividades estatais são inúmeras e variadas; logo, os instrumentos disponíveis à Administração para dar concretude e satisfação a essas demandas também devem ser equivalentes em número e diversidade.

26. Assim, prescreve a Constituição da República em seu art. 173, *caput*, que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, ressalvados os casos previstos no próprio texto constitucional. Os incisos e os parágrafos que compõem o referido artigo aproximam as estatais ora de um regime privatista (§ 1º, incisos II e IV, § 2º), ora publicista (§ 1º, incisos I, III e V, § 3º).

27. Em sentido similar, o art. 175 da Constituição *impõe* ao Estado o dever, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos. Mais uma vez as empresas estatais, como instrumento que são, podem ser utilizadas para dar cumprimento ao mandamento constitucional caso a opção estatal seja pela oferta direta de serviços públicos.

28. Em qualquer dos casos – exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos – é indiscutível que a atuação da empresa estatal deve ser aquela que dê cumprimento aos ditames constitucionais e às finalidades sociais que ensejaram a sua criação. Nesse sentido, leciona Vitor Rhein Schirato:

“De toda forma, sempre a atuação das empresas estatais presta-se a realizar funções atribuídas ao Estado. No caso dos serviços públicos, trata-se de obrigação prestacional do Estado e, no tocante às atividades econômicas não qualificadas como serviço público, cuida-se da realização de atividade que o Ordenamento Jurídico permite ao Estado para satisfação do interesse público, exatamente e na medida necessária para tanto.”¹

29. Não obstante o art. 173 da Constituição delinear a exploração de atividades econômicas pelo Estado como subsidiária à iniciativa privada, admitindo-a somente nos casos de “imperativos da segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”, os vetores que balizam e limitam essa atuação, dada sua indeterminação, acabam por dar azo à criação de empresas estatais para finalidades aparentemente distantes desses limites constitucionais.

30. Em qualquer caso, seja a estatal prestadora de serviço público, seja a exploradora de atividade econômica, o regime jurídico a ela aplicável deverá, sempre, estar adstrito e moldado à sua

¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

atividade. “Não cabe determinar o regime jurídico aplicável a uma atividade como decorrência da natureza da entidade estatal. A solução é precisamente oposta. É necessário avaliar a atividade propriamente dita, para determinar o regime jurídico aplicável”.²

31. Por sua vez, o delineamento e a compreensão do regime jurídico aplicável a determinada atividade ou instituto é de extrema relevância, porquanto é a partir desse exercício que se fixam suas características a fim de integrá-lo de maneira precisa no sistema de direito a que pertence. Estabelece-se, assim, seu lugar geométrico no ordenamento jurídico, com definição do ponto de partida para implicações ulteriores.³

32. Em meu entendimento, aclarar esses conceitos é de fundamental importância para dirimir as questões postas nestes autos. Deve-se compreender que se está a analisar atos e procedimentos inerentes à atuação *finalística* da BNDESPar, sociedade subsidiária do BNDES, cujo objeto social inclui, entre outros: realizar operações visando à capitalização e/ou desenvolvimento de sociedades, observados os planos e as políticas do banco; e contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais.⁴

33. Relativamente à atuação das empresas estatais, vejo que a melhor forma de fiscalizar sua atuação é mediante controle que privilegie critérios finalísticos, em detrimento daquele focado em meios. Isso não significa, em absoluto, relegar a aferição da legalidade e da legitimidade dos atos praticados no âmbito das empresas estatais a plano de menor importância; deve-se, em vez disso, conjugar a aferição da legalidade a parâmetros de controle que permitam sobrelevar os resultados decorrentes da atuação estatal relativamente à eficiência, eficácia e efetividade.

34. Nessa linha, no caso ora analisado, comungo das conclusões do eminente relator no tocante à ausência de prejuízo a ser ressarcido, embora o faça por razões ligeiramente diversas.

35. Conforme consignei em meu voto revisor no já mencionado TC 010.398/2017-1, o BNDES e a BNDESPar são instituições que, por força de suas finalidades estatutárias, não exercem atividade especulativa, concentrando seus investimentos em ativos que permanecem em suas carteiras por longos períodos.

36. A título exemplificativo, transcrevo excerto constante do documento “Demonstrações Financeiras: 31 de dezembro de 2023”, da BNDESPar:

Em 16 de fevereiro de 2022 a BNDESPAR alienou 50 milhões de ações ordinárias de emissão da JBS S.A., no montante total, líquido das despesas de venda, de R\$ 1.867.896. **Na data da venda, a participação da BNDESPAR na JBS foi reduzida de 21,55% para 19,45% do capital total e votante da investida, passando a deter 461.661.101 ações ordinárias da JBS S.A.** O valor baixado do ativo em decorrência da alienação (R\$ 949.472) estava apresentado no grupo de Ativo Mantido para Venda desde 31 de dezembro de 2021. Tal operação gerou um lucro de R\$ 1.129.105 (sem considerar os efeitos fiscais) no trimestre findo em 31 de março de 2022, e considera realização do saldo de outros resultados abrangentes reflexo de coligadas até então reconhecido no patrimônio líquido (R\$ 210.681), apresentado na rubrica ‘Resultado com alienações de coligadas, bônus e direitos de subscrição. [grifo adicionado].’⁵

37. Ou seja, no encerramento de 2023 a BNDESPar ainda detinha mais de 461 milhões de ações da empresa JBS, investimento avaliado em mais de R\$ 11,5 bilhões (valor contábil). Chama a

² JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 420.

³ CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: José Bushatsky, p. 30.

⁴ Art. 5º do Estatuto Social da BNDESPar. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/governanca-controle/Legislacao_do_Sistema_BNDES/Estatuto-da-BNDESPAR. Acessado em: 2 abr. 2024.

⁵ Disponível em: <https://tinyurl.com/4dsvd6x8>. (Site oficial do BNDES). Acessado em: 2 abr. 2024.

atenção o fato de o atual investimento total da BNDESPar na JBS superar em mais de 84% o montante de 250,2 milhões de ações recebidas pela instituição na operação de incorporação da Bertin pela JBS.

38. O Sistema BNDES já efetuou desinvestimentos em sua participação na JBS, realizando parte dos lucros auferidos no período. Contudo, considerando que o número de ações em carteira na presente data supera o montante de ações recebidas quando da efetivação da operação ora em análise, pode-se considerar, **por simplificação**, que as 250,2 milhões de ações recebidas se mantêm integralmente em carteira até os dias de hoje – o cálculo correto deve considerar os preços médios de aquisição e de venda, mas a aproximação sugerida é suficiente para o exercício que proponho.

39. Nesse sentido, considerando o valor de fechamento da ação em 28/3/2024 (R\$ 21,50), essas 250,2 milhões de ações têm valor atual aproximado de R\$ 5,38 bilhões. Ao se tomar o valor inicial do investimento (R\$ 2,5 bilhões), chega-se ao resultado positivo atual de aproximadamente R\$ 2,88 bilhões, que se eleva para R\$ 4,72 bilhões quando computados os dividendos recebidos no período, no montante de R\$ 1,84 bilhão.⁶

40. Por isso, não vislumbro nenhum prejuízo decorrente do resultado da operação, tampouco constato ocorrência de débito no momento inicial da capitalização da Bertin em 2008, no montante de R\$ 2,5 bilhões. Explico.

41. Conforme excerto constante do item 20 do presente voto revisor, a unidade técnica afirma que “*houve aquisição de percentual de participação na Bertin S.A. com base em valuation elaborado com premissas equivocadas*” e que “*há suficientes indícios de que a Bertin S.A. foi sobreavaliada*”. Contudo, na mesma passagem consigna que “*não se possui outra avaliação que se julgue adequada*” e que “*não há razoável certeza sobre qual seria o seu valor de mercado naquele momento*”.

42. As conclusões parecem contraditórias. A sobreavaliação, assim como o sobrepreço e o superfaturamento, pressupõe a comparação entre dois valores: aquele relativo ao bem ou serviço em questão e um preço ou valor paradigma ou de referência. No caso destes autos, reconhecidamente não se chegou a nenhuma metodologia aceitável para estimar ou para definir o valor de mercado da Bertin no ato de sua capitalização pela BNDESPar, e, por isso, ante a ausência de valor de referência, parece-me descabido lançar questionamentos sobre a avaliação adotada para a operação realizada em 2008.

43. Em outras palavras, a convicção pela correção, ou não, do *valuation* impescinde de metodologia ou valor de referência. Assim, ante a impossibilidade de replicar outra metodologia considerada mais adequada, ou ante a inviabilidade prática de chegar a valor paradigma correto ou “mais correto”, considero temerário colocar em xeque o *valuation* da operação inicial de capitalização efetivada naquele ano.

44. Nesse lanço, dissentindo parcialmente do relator, acolho as alegações de defesa dos responsáveis, afastando qualquer imputação de débito ou aplicação de multa dele decorrente.

45. Passo nesse ponto à análise das razões de justificativa apresentadas.

46. Inicialmente, foram chamados em audiência os responsáveis pela elaboração do relatório de análise da operação de apoio financeiro a Bertin em 2008, a diretoria da BNDESPar responsável por sua aprovação, os membros da equipe técnica de acompanhamento da operação e a diretoria em

⁶ O valor dos dividendos pode ser obtido a partir da Nota Técnica AMC/DEGEA1 nº 011/2022, de 12/09/2022 (peça 1566), documento em que o BNDES apresenta memória de cálculo referente ao resultado positivo da operação com Bertin e JBS. O valor de dividendos recebidos entre 2010 e agosto de 2022, conforme a referida Nota Técnica, chega a R\$ 1,34 bilhão. Posteriormente a agosto de 2022, a JBS pagou dividendos à razão de R\$ 1,00 por ação, em duas oportunidades: 24/11/2022 e 26/06/2023 (Disponível em: <https://ri.jbs.com.br/informacoes-aos-acionistas/dividendos/>. Acessado em: 4 abr. 202.). Assim, o valor total de dividendos recebidos entre 2010 e 2024, referente às 250,2 milhões de ações, alcança a cifra de R\$ 1,84 bilhão.

razão das omissões relativas a esse acompanhamento. Ainda em relação à operação de 2008, realizaram-se audiências dos responsáveis pela instrução de enquadramento e dos membros do Comitê de Enquadramento e Crédito (CEC) responsáveis pela aprovação da referida instrução.

47. No que tange à segunda operação, de incorporação da Bertin pela JBS, ocorrida no ano de 2009, foram chamados em audiência diversos responsáveis sob as seguintes justificativas: possível associação ilícita destinada a obtenção ou concessão de vantagens ao Grupo JBS; aprovação indevida do enquadramento da operação de fusão das empresas mediante apoio financeiro da BNDESPar; elaboração do relatório de análise; e omissões por parte da diretoria em fiscalizar e adotar medidas para as irregularidades identificadas.

48. Após a exclusão de diversos agentes do rol de responsáveis, procedeu o relator à análise das razões de justificativa dos responsáveis remanescentes, afastando a aplicação de sanção aos participantes da 240ª Reunião daquele comitê também aos responsáveis pela elaboração do Relatório de Análise AMC DEINV 4/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009; igualmente afasta a aplicação de sanção aos membros da diretoria que participaram da decisão de aprovação da incorporação.

49. No que tange ao não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S.A. pelo BNDES, que lhe facultaria a inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin S.A. na operação de transferência do controle da companhia com base em valores constantes do Acordo de Acionistas, o relator acolhe parcialmente as razões de justificativa, em linha com o entendimento externado pela área técnica e pelo MPTCU, afastando a aplicação de sanção. A mesma conclusão é externada por Sua Exa. no que tange a possível omissão dos responsáveis com relação ao *valuation* superdimensionado da companhia Bertin S.A. Especificamente quanto a essa conduta, seguindo o entendimento do auditor instrutor e da representante do *parquet* especializado, o relator acolhe total ou parcialmente as razões de justificativa, isentando-os de sanção.

50. Nos pontos até aqui tratados, relativamente à exclusão de responsabilidades e acolhimento das razões de justificativa, consigno meu alinhamento com o eminente relator.

51. Pende de análise a responsabilidade dos demais responsáveis pelos atos ou omissões verificados nas fases de enquadramento, análise, aprovação e acompanhamento da participação acionária da BNDESPar junto à Bertin.

52. No que tange à fase de enquadramento, o relator consigna em seu voto que *“mesmo acolhendo parcialmente tal argumento, para fins de não imputação de sanção em face de tal suposta exiguidade [de tempo para a análise de enquadramento da operação], mantém-se a percepção de que não há precisão sobre o grau de dedicação ou de profundidade requeridos para o efetivo enquadramento da operação tal como requerido em aporte de vultosa soma de recursos a empresa que sequer possuía suficiente transparência sobre suas demonstrações financeiras, haja vista tratar-se ainda de empresa de capital fechado, com nível de governança já àquela época questionável”*.

53. E, em linha com a sugestão do MPTCU, rejeita parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, sem, contudo, aplicar-lhes sanção dado o reduzido grau de sua participação na aprovação da operação, bem como o fato de que diversas falhas foram afastadas no curso da instrução.

54. Creio que a conclusão deva ser pelo acolhimento das razões de justificativa, e aqui teço algumas considerações.

55. Contribuíram para a compreensão inicial pela exiguidade do prazo na análise do enquadramento a data de apresentação da carta consulta pela empresa (26/10/2007) e a data de conclusão da instrução de enquadramento (30/10/2007). Contudo, conforme reconhecido pela unidade instrutiva, é razoável crer que a análise se deu em maior prazo ante evidências de que a tramitação do pleito se iniciou, na verdade, em agosto de 2007; descabido, portanto, falar-se em exiguidade de prazo para a análise.

56. Adicionalmente, identifico que em processos já apreciados e em apreciação por esta Corte relativamente às operações do Sistema BNDES recorrentemente se apontam irregularidades nas diversas fases de apreciação dos pleitos (recepção, enquadramento, análise, aprovação e acompanhamento), em que se propõem sanções a empregados ou a membros do corpo diretivo do BNDES ou da BNDESPar.

57. É indiscutível que o fluxo de procedimentos das operações de investimento do Sistema BNDES, desde o enquadramento até o acompanhamento dessas operações, envolve análises e estudos extremamente complexos e sensíveis, que exigem zelo e aprofundamento adequados ao vulto de cada operação concreta.

58. No caso ora analisado há evidências de que o pleito de aporte financeiro à Bertin iniciou sua tramitação em agosto de 2007, vindo a ser aprovado somente em 1º/4/2008, por meio da Decisão de Diretoria 046/2008-BNDESPAR; portanto, entre o início das tratativas e a efetiva aprovação da operação, decorreram ao menos 7 meses.

59. Conforme reconhecido pela área técnica e pelo MPTCU, aspecto também consignado pelo relator em seu voto, até a presente data não foi possível identificar ou deduzir métodos de *valuation* aceitáveis para se concluir pela existência, ou não, de prejuízo na operação de capitalização da Bertin, o que torna inviável a aferição do valor de mercado da companhia em 2008, no momento da operação. Portanto, em mais de 6 anos de tramitação somente deste processo (desconsiderando, portanto, o período de tramitação da representação que o originou), esta Corte não foi capaz de estabelecer métodos ou procedimentos que lhe permitissem perscrutar eventual dano ao erário, a despeito da inegável competência técnica que lhe é característica.

60. Parece-me desproporcional, portanto, exigir dos responsáveis envolvidos nas diversas fases desta operação, concretizada há cerca de 16 anos, que em apenas 7 meses (prazo razoável para análise e aprovação do pleito em questão) identificassem eventuais falhas no *valuation* da Bertin. Por isso, no que tange às fases de análise e aprovação da operação, em que o eminente relator entende pela rejeição total ou parcial das razões de justificativa dos responsáveis, impondo-lhes multa, manifesto, com todas as vênias, entendimento diverso.

61. Em seu voto o relator reconhece, tal como suscitado pela representante do *parquet* especializado, que não havia normas de definiam o grau de detalhamento e profundidade requerido nas análises. Transcrevo excerto do voto, na parte de interesse:

“309. Acerca do grau de profundidade da análise efetuado, entendeu o Ministério Público que as normas do BNDES não o detalhavam, e em que pese os apontamentos realizados na deliberação de origem nenhuma das normas apontadas especificaria o conteúdo ou nível de profundidade exigido do relatório de análise de investimento da BNDESPar em renda variável.

310. Em contraponto, ressalto novamente que exigir o detalhamento analítico em norma abstrata é praticamente inviável em face do grande número de possibilidades de exame e recursos a que os analistas, por assim dizer, poderiam recorrer para certificação das informações prestadas pelo proponente. Ademais, o zelo no trato do pedido é a maior diretriz no sentido de que fossem aferidas as condições da empresa pleiteante e do negócio propositivo.

311. Como já mencionei, seria demais requerer que as normas contivessem expressões analíticas do comportamento esperado para a etapa de apreciação em nível de detalhamento tal que necessitasse dizer aos técnicos da instituição que suas análises deveriam se dar em profundidade compatível com os volumes de recursos envolvidos na operação e com o zelo requerido para com os recursos da instituição financeira pública, pois tal seria dizer o óbvio, e dizer o comportamento que seria já esperado pelo simples fato de se tratar um relatório de análise que serviria de suporte a uma decisão de diretoria sobre o aporte de R\$ 2,5 bilhões em empresa privada de capital fechado.

(...)

322. Devo ainda ressaltar que essas circunstâncias sinalizariam a necessidade de realização de *due diligences* para confirmação das informações prestadas pela empresa postulante do apoio financeiro, principalmente com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (covenants), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA, vez que havia muitas inconsistências sobre os dados econômico-financeiros da empresa.

323. **Conquanto reconhecido desde o princípio que não havia norma exigindo a realização desse procedimento, de maneira que entendeu a unidade instrutiva pela não aplicação de sanção por esse item da audiência, fato é que se tratava de prática recomendável** e normalmente aplicável nas operações de M&A (*Mergers & Acquisition*), especialmente em operações com grandes volumes financeiros envolvidos. Esse apontamento, portanto, no conjunto do quadro apresentado não deve ser menosprezado, ainda que sozinho não servisse a fundamentar a aplicação de sanção.

324. Não resta a menor dúvida de que se a operação estivesse sendo realizada por instituições como grandes bancos privados nacionais e internacionais esse procedimento seria obrigatoriamente realizado. Se o privado adota zelo nos seus próprios negócios, quanto mais deveriam funcionários de instituição financeira pública adotar com os recursos que são de toda a sociedade brasileira.

325. As inúmeras falhas apontadas na avaliação das condições da Bertin S.A. denotam, portanto, falta de zelo e cuidados com o aporte de vultosos recursos, uma vez que a própria avaliação foi precariamente realizada e não se baseou de outros recursos que, embora não fossem normatizados, eram de evidentes praxes e recomendações em se tratando de profissionais que atuam no mercado de capitais.” (grifos adicionados)

62. As irregularidades apontadas pelo eminente relator nos diversos processos envolvendo as operações do Sistema BNDES evidenciam mazelas existentes à época em sua governança decisória. Recorrentemente se apontam falhas sobre superficialidade e exiguidade de prazo de análise, não realização e diligências complementares, trâmite processual atípico, não observância de normas procedimentais internas, entre outras, o que denotaria favorecimento em prol de empresas determinadas. Diversamente, entendo tratar-se de falhas sistêmicas, de modo que considero temerário atribuir, de forma individualizada, responsabilidades por condutas culposas ou dolosas em tais casos.

63. Manifestei esse mesmo entendimento em voto revisor quando do recente julgamento do TC 017.469/2016-3 (Acórdão 326/2024-Plenário, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman), em que se apreciaram possíveis irregularidades em operações de financiamento à exportação de serviços destinados a obras rodoviárias, concedidas a diversos países e diversas empresas, cujas solicitações de financiamento ocorreram entre 2005 e 2014:

“4. De fato, restou evidente, a partir do estudo dos presentes autos, que havia falhas na governança decisória do BNDES, mormente em função da ausência de normativos internos suficientemente detalhados que orientassem a atuação do corpo técnico do banco na elaboração dos estudos e análises necessários à tomada de decisão pelo corpo diretivo. A ausência dessas diretrizes espalhou seus efeitos deletérios até mesmo para a própria instância decisória da instituição, que, como praxe, deliberava sob o manto do *right to rely on others* – o direito de confiar nos outros –, isto é, seus membros decidiam fielmente calcados nas análises e conclusões exaradas pelas instâncias técnicas.

5. Contudo, os relatos trazidos nas razões de justificativa dos responsáveis indicam que esse era o *modus operandi* regular do BNDES à época dos fatos. E essa situação fica clara pela leitura da instrução da AudPortoFerrovia no âmbito do TC 017.470/2016-1 (peça 656), cujo pano de fundo também versa sobre o financiamento de gastos locais em operações de exportação de serviços de engenharia, mas em obras de portos e estaleiros – especificamente

no Porto de Mariel, em Cuba, e do Estaleiro Astialba, na Venezuela. Pela relevância da análise tecida pela referida unidade técnica, transcrevo alguns excertos:

‘321. No entanto, tais mandamentos não eram detalhados com normas específicas que informassem quais seriam as etapas e os procedimentos necessários para realizar essas análises. Sem o amparo normativo, somado a uma cultura de avaliar aspectos bancários relacionados apenas à garantia, as análises do BNDES foram superficiais, sem garantia que os recursos financiados estavam sendo aplicados de forma eficiente.

(...)

330. Essa equipe de instrução entende que a causa raiz da irregularidade está relacionada à insuficiência de normalização e procedimentos relacionados à forma como deveria se dar o exame dos serviços de engenharia e bens correlatos, objeto do financiamento.

(...)

345. Esse aspecto é exatamente um dos problemas que motivou a audiência dos responsáveis. Ou seja, a falta de procedimentos e normalização para aferir as informações das operações quanto aos serviços e bens de engenharia.

(...)

362. Desse modo, verifica-se que essa ausência de procedimentos e normativos para orientarem a análise dos técnicos do Banco quanto aos aspectos econômico-financeiros e de engenharia dos itens exportáveis dos pedidos de financiamentos prejudicou o efetivo cumprimento do Estatuto do BNDES e do RGO.

(...)

384. Tratando-se de uma linha de financiamento às ‘exportações de serviços de engenharia e bens correlatos’, com volume de recursos multibilionário, era de se esperar que o BNDES apresentasse um conjunto de normas e procedimentos específicos para orientar como esses ‘serviços de engenharia e bens correlatos’ deveriam ser avaliados em todas as etapas do processo interno ao Banco. Era esperado que gestores da AEX proporcionassem aos técnicos do Banco um arcabouço mínimo de procedimentos suficientemente detalhados que os permitissem analisar as operações e averiguar se elas cumpriam os objetivos do programa.

385. O Estatuto Social do BNDES define que, nas concessões de colaboração financeira, o Banco devia proceder ao exame técnico do empreendimento, projeto ou plano de negócio. Já o RGO especificava que o estudo do projeto deveria incluir os aspectos de engenharia e econômico-financeiros. No entanto, tais mandamentos (o art. 10, inciso I, do Estatuto do Banco e art. 13 do RGO) não eram detalhados com normas específicas que informassem quais seriam as etapas e os procedimentos necessários para realizar essas análises. Sem o amparo normativo, somado a uma cultura de avaliar aspectos bancários relacionados apenas à garantia, as análises do BNDES foram superficiais, sem assegurar que os recursos financiados estavam sendo aplicados de forma eficiente.

(...)

466. Tendo em vista a cultura do BNDES, avalizada pelos níveis superiores do banco, de analisar as operações da linha de exportação com enfoque bancário, e ausência de normativos que detalhassem como deveria se dar tal exame, não é possível afirmar que os justificantes teriam condições para identificar falhas quanto a aspectos de engenharia, o que dificulta caracterizar tais condutas como decorrentes de erro grosseiro, conforme determina a LINDB.

(...)

484. Observa-se que embora discorde-se na forma como Banco conduzia essas análises, é necessário entender que essa cultura era repassada pelas instâncias superiores aos técnicos por meio de aprovações reiteradas de suas análises por toda a cadeia decisória do BNDES. Esse contexto contribuía para a percepção dos técnicos de que suas análises eram satisfatórias e, dessa forma, não teriam nenhum motivo razoável para as alterar.

(...)

487. Diante disso, não é razoável supor que o simples emprego dos conhecimentos técnicos-profissionais de uma equipe de técnicos do Banco, mesmo que multidisciplinar, poderia suprir insuficiência normativa do Banco, falta de orientações gerenciais de seus superiores hierárquicos e uma cultura impregnada no BNDES de analisar as operações apenas considerando aspectos bancários. O problema não é a incapacidade dos técnicos ou mesmo a não aplicação de seus conhecimentos técnicos, mas o fato de que esse exame simplesmente não era requerido pelos seus superiores.

(...)

494. Embora essa equipe de instrução considere a análise realizada como precária e superficial, o quadro descrito leva a entender que os técnicos seguiam o modelo de operação do próprio Banco, não sendo passível de responsabilização individual quanto a esse procedimento, pois, mesmo que os técnicos fossem substituídos por outros profissionais a prática do Banco não seria alterada.

(...)

524. Ademais, é possível perceber nitidamente que a cultura do BNDES, estabelecida pelos superiores hierárquicos, orientava aos técnicos que o exame que deveriam fazer para satisfazer as exigências de sua instituição estaria ‘adstrito a atividades de natureza bancária’ e propagava a interpretação de que as avaliações sobre os aspectos de engenharia deveriam ser relativas aos aspectos que teriam impacto na análise de crédito. O próprio Banco mencionou essa interpretação ao longo de sua oitiva por diversas vezes.

(...)

532. Reprisa-se que, com base nos elementos presentes nos autos e exame dos argumentos, essa equipe de instrução considera que a análise realizada pelo BNDES era precária e superficial, muito aquém do mínimo esperado, contudo a situação fática demonstra que os técnicos seguiam apenas a própria cultura equivocada do Banco à época, influenciada pelas instâncias superiores da instituição. O Banco não designava para análise das operações técnicos especializados na temática, nem sequer ofertava treinamentos e orientação pelos seus superiores quanto à necessidade de avaliar os aspectos orçamentários de engenharia das operações necessários para aferir se de fato a finalidade da linha de crédito estava sendo atingida.

(...)

634. O contrato comercial não era exigido, à época. Então, cabia aos responsáveis propor normativo/procedimento que obrigasse a apresentação do documento, assim como o estabelecimento das informações que deveriam acompanhá-lo com o propósito de que as análises empreendidas, fossem adequadas para embasar a decisão de financiar ou não um determinado projeto.

(...)

696. Conforme já mencionado, é possível perceber nitidamente que a cultura do BNDES, estabelecida pelos superiores hierárquicos do banco, orientava aos técnicos que o exame que deveriam fazer para satisfazer as exigências da instituição estaria ‘adstrito a atividades de natureza bancária’ e propagava a interpretação de que as

avaliações sob os aspectos de engenharia deveriam ser relativas aqueles que teriam impacto na análise de crédito.

(...)

711. Conforme se verifica nas argumentações, vigia à época uma relação de confiança entre as partes, ou seja, na ocasião do desembolso não se requeria informações mais detalhadas quanto aos itens que estavam sendo financiados em face de o importador dar sua concordância (aceite) quanto à efetiva execução dos serviços e entrega dos bens declarados como tal pelo exportador, cujos valores estavam sendo desembolsados/financiados.

712. Da mesma forma, não se pedia a composição de custos dos itens que estavam sendo financiados devido à existência de cláusula contratual declarando a veracidade das informações prestadas, ou seja, atestando a adequação dos custos destes itens aos objetivos do programa Exim Pós-embarque.

(...)

727. Também, não havia procedimentos estabelecidos quanto à utilização dos relatórios de auditoria independente que visavam verificar a efetividade do programa, bem como, constatar se, de fato, as exportações haviam sido realizadas.'

6. Essas são apenas algumas das muitas passagens em que a praxe do BNDES foi analisada, desde as áreas técnicas até a instância decisória.

7. Em função dessa constatação, a AudPortoFerrovia concluiu naquela instrução pela responsabilização do corpo diretivo da Área de Comércio Exterior – AEX do BNDES – devido à omissão na proposição de normativos específicos para a análise e o acompanhamento das operações de exportação de serviços e bens de engenharia. Quanto ao então presidente, a proposta é de responsabilização pela omissão em supervisionar os trabalhos a fim de garantir que os objetivos do banco estariam sendo cumpridos de forma eficiente.

8. Também naqueles autos, no que tange ao corpo técnico do banco, opinou a unidade técnica pela não responsabilização desses empregados ante a manifesta ausência de erro grosseiro na conduta de cada um. Conforme o item 534 daquela instrução, 'as condutas individuais dos técnicos não foram o fator determinante da irregularidade. É possível presumir que mesmo se fossem substituídos todos os técnicos ouvidos no presente processo por outros profissionais do BNDES envolvidos no mesmo ambiente, a prática do Banco provavelmente não seria alterada' (destaquei).

9. Assim, a conduta dos responsáveis foi amplamente enviesada pelos costumes da instituição; ou seja, não se tratava de um agir deliberado, em cenário de proposital anomia, a fim de praticar condutas irregulares. Em vez disso, os autos evidenciam que as diversas instâncias da instituição compreendiam serem as normas então vigentes satisfatórias e suficientes ao desenvolvimento das atividades de financiamento à exportação realizadas pelo banco.

[...]

11. Embora o costume, a cultura e a praxe administrativos possam ser atributos exclusivos de determinado grupo de empregados ou de determinado setor, a análise dos presentes autos permitiu-me identificar que o corpo diretivo do banco compartilhava da mesma cultura apontada pela unidade técnica no TC 017.470/2016-1 (peça 656). Assim, não se tratava, em verdade, de praxe imposta pela instância decisória à equipe técnica. As orientações hierárquicas oriundas do corpo de diretores que conduziram as análises técnicas superficiais foram fruto da própria convicção dos diretores de que determinados aspectos não deveriam ser objeto de estudo ou aprofundamento; tais fragilidades estruturais no processo de governança decisória eram contínuas no tempo, não sendo possível atribuí-las, especificamente, a responsáveis determinados.

12. As falhas identificadas pela unidade técnica, desde a análise até a aprovação das operações de financiamento, evidenciam que, mesmo se fossem substituídos além de todos os técnicos, todos os diretores da AEX e o presidente por outros profissionais, a prática do banco provavelmente não seria alterada. Reforça essa conclusão o fato de que figuram como responsáveis dois ex-presidentes que lá atuaram no BNDES em momentos distintos, mas que foram chamados em audiência pelas mesmas práticas.

13. No presente caso, entendo que a prática então arraigada no banco deve ser considerada para fins de responsabilização, e, por isso, à luz da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, não vislumbro erro grosseiro por parte dos ex-presidentes e dos ex-diretores da AEX.”

64. Embora o escopo das operações analisadas no âmbito do TC 017.469/2016-3 difira do objeto dos presentes autos, considero, tal como sugeri naquele processo, que o *modus operandi* do banco, enquanto instituição, à época dos fatos, deve ser considerado para fins de aplicação de sanção, nos termos do art. 24 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Lindb, sobretudo quando reconhecida a insuficiência das normas vigentes para balizar a profundidade das análises empreendidas.

65. Embora fosse desejável ou recomendável que os diversos agentes envolvidos adotassem condutas diversas daquelas verificadas no caso concreto, não me parece crível que tal guinada de postura fosse factível, tampouco que eventual mudança na conduta desses agentes nas etapas de enquadramento, análise, aprovação e acompanhamento das operações conduziria à não concretização dessas operações ou à sua concretização em balizas diversas.

66. Por isso, considero incabível a aplicação de sanção a esses responsáveis, por não vislumbrar dolo ou erro grosseiro, à luz do disposto no art. 22, §§ 1º e 2º, e no art. 28, ambos da Lindb, principalmente se considerado o resultado financeiro positivo da operação entabulada, conforme já delineado no presente voto revisor.

Nesse sentido, com as vênias de estilo, e em dissensão ao entendimento do relator, voto pela aprovação de minuta de acórdão apresentada pelo eminente Ministro Jorge Oliveira.

TCU, Sala das Sessões, em 9 de abril de 2024.

MINISTRO JHONATAN DE JESUS
Revisor

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de tomada de contas especial (TCE) constituída em face de potenciais prejuízos ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES) ocorridos no âmbito da “*operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. pela BNDESPar e sua posterior incorporação pela empresa JBS S.A.*”.

2. Em retrospectiva da abertura do corrente processo, mediante o Acórdão 2.154/2018-Plenário, em face da operação nominada, esta Corte apontou os seguintes indícios de irregularidade, que poderiam levar a prejuízos da ordem de R\$ 670 milhões:

a) aprovação de uma operação de apoio financeiro na modalidade renda variável no valor de até R\$ 2,5 bilhões em tempo exíguo, com relatórios e análises superficiais, sem o embasamento necessário diante da complexidade e do volume de recursos;

b) ausência de levantamento apropriado do endividamento da empresa Bertin S.A.;

c) ausência de expedição de **due diligences** para a confirmação das informações prestadas, principalmente com relação à elevada alavancagem da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (**covenants**), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA;

d) proposição da realização de investimento em **equity**, embora a Bertin S.A. estivesse em péssima situação financeira e mesmo já tendo ultrapassado o limite máximo de exposição do BNDES;

e) permissão de que a maior parte dos recursos investidos na Bertin S.A., via participação acionária, fosse destinada majoritariamente à melhoria da estrutura de capital da companhia, em detrimento do cumprimento do Plano de Negócios, que previa a aquisição de empresas, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes e implantação de novas unidades industriais;

f) ausência de acompanhamento da utilização e aplicação do elevado montante de recursos entregues à Bertin S.A. via participação acionária;

g) aprovação de enquadramento de operação de fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., mediante apoio financeiro da BNDESPar, com base em valuation superdimensionado.

3. A descrição histórica da injeção de R\$ 2,5 bilhões do BNDESPar na empresa Bertin S.A., e posteriores desdobramentos, bem sumariada pelo digno relator:

“Em apertada síntese, rememoro que a operação tratada nesta TCE ocorreu em 2008 quando a empresa Bertin requereu apoio financeiro ao BNDES por meio da BNDESPar para aporte de capital no montante de R\$ 2,5 bilhões por meio da aquisição de ações da Companhia, correspondentes a 26,92% do capital, com o objetivo de realizar a aquisição de empresas, dentro de sua estratégia de diversificação e internacionalização, investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes, implantação de novas unidades industriais, composição de capital de giro, reforço da estrutura de capital, bem assim, para acelerar o processo de abertura de capital da empresa a fim de dotá-la dos mesmos acessos de mercado de suas então concorrentes JBS e Marfrig.

[...]

No âmbito da BNDESPar a solicitação de apoio financeiro foi aprovada e os recursos liberados em quatro parcelas ao longo do ano de 2008, sendo R\$ 1 bilhão no final de abril, R\$ 500 milhões e R\$ 300 milhões em setembro e R\$ 700 milhões no final de dezembro daquele ano.

Todavia, o plano de expansão da empresa, que incluiu o aporte da BNDESPar não foi bem-sucedido. A Bertin, que tinha o capital fechado, enfrentou sérias dificuldades, encerrando 2008 com prejuízo de R\$ 681,0 milhões e dívidas de R\$ 5,5 bilhões.

A relação Dívida Líquida/EBITDA da Bertin saiu de 4,54 em dezembro de 2008 para 5,54 em setembro de 2009, um nível de alavancagem excessivamente elevado, mesmo após a captação de recursos da ordem de R\$ 2,5 bilhões mediante a venda de participação acionária à BNDESPar, e com baixa probabilidade de reversão desse quadro no curto prazo.

[...]

Nessa época, o investimento da BNDESPar na Bertin S.A. estava se deteriorando, particularmente por problemas financeiros, liquidez e governança. Em face da falta de perspectiva para a Companhia, naquele momento, os controladores da Bertin buscaram a associação ou fusão com outros participantes do mercado.

No final do primeiro semestre de 2009, a Bertin iniciou negociações com a Marfrig, outro importante player do setor, visando contornar suas dificuldades financeiras por meio de uma associação. No entanto, após alguns meses de conversações, a negociação foi descontinuada, por questões associadas à governança da empresa e ao valor atribuído à Bertin, cuja proposta também implicava em prejuízos para a BNDESPar.

A avaliação da participação da BNDESPar na Bertin, proposta pela Marfrig, foi fixada em R\$ 1 bilhão. Nesta situação, caso fosse dado prosseguimento à operação, a BNDESPar seria forçada a reconhecer uma perda de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão em seu investimento realizado na Bertin logo no ano anterior, haja vista que o Banco havia aportado R\$ 2,5 bilhões na aquisição da participação de 26,92% no capital da Companhia pouco tempo antes.

[...]

Dada a frustração dessa tentativa de associação com a Marfrig, buscou-se como solução a incorporação da empresa com outra indústria do ramo, a JBS S.A. Assim, a alternativa que se apresentou como solução foi incluir a incorporação da Bertin pela JBS no âmbito do projeto proposto pela JBS com vistas à aquisição de participação acionária da empresa americana Pilgrim's, em 2009.

A BNDESPar, a respeito dessa incorporação, sustentou a adequabilidade dessa segunda operação ao fundamento da Política de Desenvolvimento Produtivo do (PDP) do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), que visa a contribuir para a melhoria da competitividade da indústria brasileira e na qual o Sistema BNDES figurava como ferramenta de execução do Governo. Em segundo lugar, sustentou o apoio ao processo de internacionalização de empresas e grupos nacionais, como parte do Planejamento Estratégico do Banco, que também justificaria a operação. Todavia, as informações compiladas dos documentos relativos às operações revelavam que a situação delicada em que a Bertin se encontrava, com a necessidade de preservação de valor e a criação de liquidez para o investimento da BNDESPar, aliada à preservação do nível de alavancagem da JBS foram de fato os principais motivadores da operação, conforme assinalado na instrução AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009:

[...]

Por ocasião da fiscalização realizada por este Tribunal no TC 007.527/2014-4, ressaltei, ao conduzir o feito à prolação do Acórdão 3011/2015-Plenário, que o balanço do Grupo Bertin relativo a esse exercício de 2008, divulgado no início de 2009, revelou prejuízo de R\$ 681 milhões e uma dívida de R\$ 5,5 bilhões e, tanto a análise procedida sobre a empresa para

concessão do apoio quanto o acompanhamento que deveria ter sido realizado ao longo da liberação dos recursos não apontaram qualquer problema com a Bertin.

Também que não havia restado claro nas informações prestadas pelo BNDES como a empresa, a princípio saudável, sofreu transformação de tal magnitude no decurso de poucos meses, e, ainda, porque foram liberadas parcelas, nos quatro últimos meses do exercício, a última delas ao final de dezembro, quando um acompanhamento adequado poderia ter fornecido indícios da “situação pré-falimentar” da Bertin.

Salientei que, se a empresa era saudável quando da concessão do aporte de capital, então tornava-se necessário verificar o que ocorreu naqueles poucos meses e onde foram aplicados os R\$ 2,5 bilhões aportados pela BNDESPar.

De outro lado, se a empresa não era saudável e omitiu informações, então deveria ser analisada a atuação de seus administradores e se a BNDESPar teria adotado os cuidados devidos. Se a empresa não era saudável e as informações estavam disponíveis à BNDESPar, então necessário seria averiguar porque não foram corretamente analisadas pelo Banco.

Em vista das várias dúvidas decorrentes desses e de outros apontamentos, entendi necessário o aprofundamento do exame da operação, providência que foi adotada no âmbito de processo específico, o TC-034.935/2015-0, cujos achados resultaram nos apontamentos de indícios de irregularidade e dano, objeto de audiências e citações determinadas no âmbito daquele processo, posteriormente convertido nesta TCE pelo Acórdão 2.154/2018 - Plenário, ocasião em que foram determinadas citações e novas audiências.” (grifou-se)

II – Dos grupos de irregularidades apontados no presente processo

4. O Exmo. relator, Min. Augusto Sherman, dividiu os indícios de irregularidade em dois grandes grupos. No primeiro deles, apura-se possível dano do Erário da ordem de R\$ 670 milhões (data-base em 23/12/2008), tendo em vista a perda de valor no mercado da empresa Bertin S.A. À época do aporte, teria havido diversas falhas no processo, principalmente omissões quanto à constatação de elevado endividamento da empresa – com nexo causal com o prejuízo decorrente da desvalorização da empresa.

5. No segundo grupo, encontram-se as audiências dirigidas a 36 responsáveis que atuaram nas fases de enquadramento, análise, aprovação e acompanhamento da operação, resumidamente, em razão do seguinte:

- elaboração de relatórios e análises sem o embasamento necessário diante da complexidade e do volume de recursos;
- ausência de levantamento apropriado do endividamento da empresa Bertin S.A., sem a realização de **due diligences** para a confirmação das informações prestadas pela empresa postulante do apoio financeiro, principalmente com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (**covenants**), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA;
- proposição da realização de investimento em **equity**, embora a Bertin S.A. estivesse em péssima situação financeira e mesmo já tendo ultrapassado o limite máximo de exposição do BNDES;
- falhas relativas à permissão de que a maior parte dos recursos investidos fosse destinada majoritariamente à melhoria da estrutura de capital da companhia, em detrimento do plano de negócios, que previa a aquisição de empresas, bem como investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes e implantação de novas unidades industriais;

- ausência de acompanhamento da utilização e aplicação dos recursos investidos na Bertin S.A., via participação acionária; e
- aprovação de enquadramento de operação da fusão entre as empresas JBS S.A. e Bertin S.A., mediante apoio financeiro da BNDESPar, com base em **valuation** superdimensionado, dentre outros apontamentos.

II.1 – Do dano

6. O potencial prejuízo ao BNDES foi calculado consoante metodologia abaixo sumariada pelo relator, no âmbito do Acórdão 2.154/208-Plenário:

“VIII – Da estimativa do dano provocado ao BNDESPar por irregularidades na análise e aprovação da operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. em 2008

[...]

105. Tenho defendido, nos demais processos envolvendo aportes de capitais realizados pelo BNDESPar, que a mais objetiva forma de se determinar o valor das ações de uma empresa é o valor das respectivas ações na bolsa de valores em determinado momento ou período. Tal forma é prevista nos regulamentos do referido banco e por ele largamente utilizada em diversas operações, inclusive em operações com a JBS. Assim, se tomarmos a data de anúncio da aquisição como a data da efetivação do negócio - 16/09/2009 (não apenas porque foi esse o momento no qual foram estabelecidas as bases do negócio, mas também porque a partir daí a cotação das ações sofreu influência do próprio anúncio), e se utilizarmos a média dos preços de fechamento dos últimos 60 pregões anteriores a essa data (conforme metodologia preconizada e largamente utilizada pelo BNDESPar), o preço justo da ação da JBS (JBSS3) seria R\$ 7,31. Multiplicando esse valor pelo número de ações da JBS (JBSS3) recebidas pelo BNDESPar por sua participação no capital da Bertin (250,2 milhões de ações), obteríamos o valor de aproximadamente R\$ 1,83 bilhão.

106. Além de sua objetividade, aderência à parâmetros empíricos e adequação metodológica, a utilização dessa forma de atribuição de valor encontra respaldo em outra informação importante presente nos autos.

*107. Se considerarmos que 26,92% da Bertin detidos pelo BNDESPar valiam R\$ 1,83 bilhão a preços de mercado, então os 73,08% detidos pelos controladores da Bertin valeriam **R\$ 4,968 bilhões** a preços também de mercado. Ocorre que as informações encaminhadas a este Tribunal pela Receita Federal do Brasil a respeito dessa operação, em atendimento a solicitação da unidade técnica, indicam que as ações da JBS recebidas pelos antigos controladores da Bertin foram incorporadas ao Fundo Bertin FIP e ao patrimônio da holding FB Participações pelo valor aproximado de **R\$ 4,9 bilhões** (§ 254 da instrução e sentença judicial integrante da peça 650 destes autos). Os dois resultados são suficientemente próximos para que sejam considerados correlacionáveis, o que faz razoável a assunção de que tenham sido obtidos possivelmente a partir de mesmo parâmetro. E se tal parâmetro foi aceito pelas duas empresas na atribuição e no registro do valor de lote de ações no Fundo Bertin FIP, então, também por esse raciocínio, torna-se razoável utilizá-lo na estimativa que pretendemos fazer.*

108. Adotando-se o critério do valor de mercado, e o método da média dos últimos 60 pregões anteriores ao fechamento do negócio, a operação de aporte de capital do BNDESPar na Bertin teria produzido para o Banco um prejuízo da ordem de R\$ 670 milhões (R\$ 2,5 bilhões – R\$ 1,83 bilhão).

109. Esse valor deverá ser imputado àqueles responsáveis listados na Seção VI, retro, em razão das condutas e razões descritas na Seção V e VI, retro.

*110. As transferências de valores do BNDESPar para a Bertin, em razão da operação de aporte de capital sob análise, foram realizadas em quatro parcelas, nos valores de R\$ 1 bilhão, R\$ 600 milhões, R\$ 300 milhões, e ~ R\$ 700 milhões, em 29/04, 17/09, 29/09 e 23/12/2008, respectivamente. Como é da tradição deste Tribunal, em casos como esse, nos quais ocorreram transferências de recursos em diversas datas, a imputação de eventual débito é sempre realizada na data mais recente, por ser a forma mais favorável ao devedor, em razão da necessária incidência de correção monetária e de juros de mora. Assim, e **como o valor estimado para o dano, R\$ 670 milhões, é inferior ao da última parcela, todo o montante do dano será a ela referido, o que resulta em estabelecer como data de origem do dano, portanto, 23/12/2008.**" (grifos no original)*

7. Empreenderam-se, assim, citações, com base em um potencial prejuízo de R\$ 670 milhões, decorrente, em extrato, da proporção de capital do BNDESPar na Bertin, aplicada à diferença entre o valor estimado da Bertin S.A. em 16/09/2009 (anúncio da aquisição da Bertin) – calculada com base em informações encaminhadas pela Receita Federal do Brasil e em análises do valor da ação da JBS antes e após a operação – e o valor atribuído à empresa mais de um ano antes, na aprovação do investimento (aportes em 29/04, 17/09, 29/09 e 23/12/2008, sendo adotada conservadoramente a última data como o marco da origem do dano).

8. Sobre tal metodologia, houve sincronia entre as opiniões da unidade técnica, do Ministério Público e do relator: o afastamento do débito. Tendo em vista a estimativa de prejuízo realizada a partir de comparativos em datas distintas, lastreadas em avaliação de outra empresa (à JBS), não se poderia afirmar que o valor da Bertin não foi afetado por fatos supervenientes (como a crise do **subprime** em 2008), ou tampouco atestar a ausência de fatores endógenos atribuíveis somente à JBS.

9. Consoante excertos da proposta de deliberação voto condutor do Exmo. Min. Augusto Sherman:

"153. Necessário reconhecer que a metodologia por mim defendida naquele acórdão levou em consideração o valor da média das cotações de outra empresa, a JBS S.A., nos últimos sessenta pregões anteriores ao anúncio efetuado ao mercado acerca das tratativas para a incorporação da Bertin S.A. pela JBS S.A. (16/9/2009) e que essas cotações sofriam impactos outros posteriores ao momento do aporte realizado na Bertin em 2008, notadamente, o impacto da crise financeira decorrente da crise do subprime cujo ápice ocorreu com a quebra do banco Lehman Brothers, que afetou significativamente o mercado de capitais e o preço das ações negociadas em bolsa, diante de uma maior percepção de risco.

154. De fato, merece acolhimento o argumento de defesa segundo o qual o dano teria de ser apurado no momento do aporte na Bertin S.A., medida essa que somente seria possível de ser realizada mediante adequada realização de valuation que dissesse qual seria, naquele momento, o Valor Presente Líquido da empresa, considerando todo seu grande endividamento e os impactos de outros fatores nesse cálculo, com o apontamento das premissas equivocadas utilizadas nessa avaliação, e havidas com culpa ou dolo, uma vez que, naquele momento, o do aporte, não se reuniam as condições de avaliar a mercado a empresa, haja vista não ser listada e negociada em bolsa, pois era empresa de capital fechado.

155. Em vez disso, o caminho trilhado para o apontamento do dano consistiu, conforme a parte dispositiva do acórdão, na possível perda de valor observado no investimento realizado na empresa Bertin S.A., deixando-se de apurar o dano decorrente de uma eventual aquisição de participação acionária com base em valuation superestimado na operação inicial, dadas as condições da empresa pleiteante, o que talvez fosse o caminho mais adequado a ser adotado, apontando-se as devidas irregularidades relativas aos parâmetros adotados nessa precificação, sejam eles super ou subdimensionados. Esse exame conduziria à conclusão de que houve aporte

em montante possivelmente superior ao necessário para a obtenção do mesmo montante de ações recebidas ou seria exigível maior participação na empresa apoiada.

156. Com efeito, já por ocasião da deliberação originária aponte que os elementos constantes dos autos continham fortes indícios de que a análise realizada pela BNDESPar sobre a operação de aporte de capital na Bertin S.A. apresentou um grande número de falhas, e que essas falhas, especialmente o efeito combinado das mesmas, resultaram em uma avaliação da Bertin não condizente com a realidade da empresa naquele momento, o que culminou em uma superestimativa do valor da empresa, de maneira que se a Bertin detinha um valor de mercado inferior àquele calculado pelo BNDES em seu valuation, a recomendação de aprovação da operação nos termos em que realizada e a posterior aprovação da operação pela diretoria representariam dano imediato ao patrimônio do BNDES.

157. Também ressaltei que a avaliação no sentido de que foi pago um valor excessivo era mais provável que a avaliação alternativa, no sentido de que a operação não preenchia as condições para ser aprovada, com destaque para o possível fato de que as condições econômico-financeiras da empresa e a forma superficial e genérica como a operação foi analisada revelavam indícios de que se tratava de uma operação de salvamento, e não de uma operação de aporte de capital em uma empresa sadia, pronta para crescer por meio de investimentos em aquisições e expansões e em plantas existentes.

158. Logo é razoável concluir que dano possivelmente houve já por ocasião do aporte, porém não foi quantificado para fins de imputação aos responsáveis pela operação, e também não foram encontrados elementos para sua estimativa com razoável segurança de que não excederia o real valor devido, nos termos do art. 210, § 1º, inciso II, do Regimento Interno/TCU.” (grifou-se)

10. Apesar de firmar convencimento da existência de problemas na avaliação atribuído à Bertin S.A. – detalhando-se uma miríade de parâmetros injustificados adotados na análise – em virtude da metodologia de cálculo que suportou as citações (incapaz de comparar, de forma contemporânea, o justo valor da empresa no ato de autorização da operação), acolheu-se parcialmente as razões de defesa.

11. Em acréscimo, os pareceres instrutivos também foram unânicos em ressaltar que, se houve dano, esse teria sido saneado em razão da operação subsequente de incorporação da Bertin S.A. pela JBS, com apoio financeiro do BNDES, convertido em ações.

12. Em verdade, apesar de – mais uma vez – apontarem-se diversos indícios de sobreavaliação do valor da companhia ao se promover a permuta por ações da JBS (em benefício ao BNDES), haja vista que eventual prejuízo estaria sob a responsabilidade dos minoritários – que permaneceram inertes –, a apuração do débito refoge às competências desta Corte.

II.2 – Das audiências realizadas

13. As audiências podem, igualmente, ser separadas em duas partes: na primeira, os responsáveis foram chamados a apresentar as suas razões de justificativa em face de condutas praticadas no apoio financeiro a Bertin em 2008. Na segunda, concernente a ações e omissões no apoio financeiro da BNDESPar à JBS para a aquisição da Bertin.

14. Início descrevendo as conclusões tomadas nos autos com relação a essa última:

II.2.1 – Potencial sobreavaliação da Bertin, no apoio financeiro da BNDESPar à JBS

15. No que concerne à operação de incorporação da Bertin pela JBS, ocorrida no ano de 2009, providenciaram-se audiências os membros do Comitê de Enquadramento e Crédito (CEC) em face da aprovação do enquadramento da operação de fusão das empresas mediante apoio financeiro da

BNDESPar, bem como os responsáveis pela elaboração do relatório de análise e a diretoria, além de membros dos conselhos de administração e fiscal do BNDES e da BNDESPar.

16. As audiências foram fundamentadas em duas inconformidades: à relativa ao não exercício da Cláusula 3.4 do Acordo de Acionistas da Bertin S.A. pelo BNDES, que lhe facultaria a possibilidade de inclusão da totalidade de sua participação no capital da Bertin S.A. na operação de transferência do controle da companhia com base em valores constantes do Acordo de Acionistas; e à relativa a omissão com relação ao valuation superdimensionado da companhia Bertin S.A., estimado em laudo de lavra da Apsis Consultoria Empresarial Ltda. previamente à incorporação.

17. Nesse ponto, o relator afastou a punibilidade dos responsáveis, citando trecho dos relatórios instrutivos e do parecer do Ministério Público:

“225. Em relação [ao não exercício da cláusula presente no acordo de acionistas], a SecexFinanças concluiu, na análise de mérito, sem divergências internas, pelo acolhimento parcial das razões de justificativa porquanto considerou que havia razões para o não exercício desse direito, uma vez que poderia inviabilizar a própria operação de incorporação e a preservação do investimento inicialmente realizado na Bertin S.A., conforme constou do relatório de análise. E, ainda, partiu da premissa de que os técnicos e administradores da BNDESPar desconheciam as tratativas entre os controladores da JBS e da Bertin acerca da fixação do controle da empresa resultante da fusão.

226. Também o Ministério Público/TCU, sem adentrar na controvérsia sobre a aplicabilidade dessa cláusula à operação de fusão, em vista do debate instalado por força do contraditório exercido, entendeu pelo acolhimento das razões de justificativa nesse ponto, visto que, de qualquer forma, a inviabilização da operação seria contrária aos interesses do BNDES em preservar o investimento na Bertin naquele momento.” (grifou-se)

18. Sobre a eventual sobreavaliação da empresa na operação de fusão da Bertin com a JBS S.A. – importando em um número maior de ações para a BNDESPar –, depois de apontar fragilidades no **valuation** realizado, com falhas nos deveres fiduciários da administração (ainda em apuração na Comissão de Valores Mobiliários), o Exmo. Min. Augusto Sherman assim concluiu:

“[...] no âmbito do Tribunal e do presente processo, especificamente, a análise das responsabilidades deve ater-se aos atos praticados no âmbito da BNDESPAR, na condição de acionista da Bertin, detentora de direitos previstos no Acordo de Acionistas, e na condição de agente concedente de apoio financeiro. Nesses termos, somente caberia à BNDESPAR se insurgir contra a operação de incorporação caso ela lhe trouxesse prejuízo, o que não era o caso, ou se estivesse evidenciada alguma irregularidade.

767. Na última hipótese, ainda que tivesse de abrir mão de algum benefício econômico, deveria a entidade ir contra a operação. Considerando, porém, que não há evidência de que se tinha conhecimento, na BNDESPAR, dos acordos ocultos firmados entre os acionistas controladores da Bertin S.A. e da JBS S.A., tem-se que a hipótese também não se confirma. Relembre-se que o conhecimento dos fatos foi condição firmada pelo Relator no Voto do Acórdão 2.154/2018-TCU-Plenário (v. parágrafo 756) e não se apresentou indício posterior que a afastasse.

768. Assim, embora houvesse indícios perceptíveis de que a Bertin estava sendo sobreavaliada, se a BNDESPAR não sabia das tratativas ocultas (e não há provas de que soubesse), não seria exigível que seus agentes fossem contra a operação. Se, porém, ao fim das apurações na CVM, a BNDESPAR vier a incorrer em alguma responsabilidade ou prejuízo, em função de eventual determinação daquela autarquia, o Tribunal poderá avaliar a necessidade e oportunidade de novas apurações.” (grifou-se)

19. Finalizou o relator por acatar parcialmente as razões de justificativa, sem a aplicação de multa.

II.2.2 – Potencial sobreavaliação da Bertin, no apoio financeiro concedido à Bertin, em 2008

20. Essa bateria de audiências foi separada segundo o momento de apuração das condutas de 36 responsáveis, nas fases de enquadramento, análise, aprovação e acompanhamento da operação.

II.2.2.1 – Indícios de irregularidade na fase de enquadramento do investimento

21. Quanto à fase de enquadramento, o relator entendeu por rejeitar parcialmente as justificativas, mas sem a aplicação de multa, como se depreende de sua conclusão final neste tópico:

“276. Em que pese essas ressalvas, acompanho a proposição do Ministério Público/TCU no sentido da não aplicação de sanção aos referidos responsáveis que laboraram nessa fase de enquadramento, e o faço especificamente no caso concreto destes autos e conforme as razões que apresento a seguir.

277. Exerço tal juízo, alinhado à proposição final da d. Procuradora-Geral, por levar em consideração que algumas falhas foram consideradas afastadas no exame consignado na instrução, bem assim diante do menor grau de participação na aprovação da operação nos moldes em que realizado pela BNDESPar, que, evidentemente, comporta maior responsabilidade às fases seguintes do fluxo dos apoios requeridos, à luz, especialmente, dos parâmetros indicados na Lei 13.655/2018 (que inseriu novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB). Dessa forma, considerando o fato de que não se imputa dano nestes autos, a avaliação de eventual dosimetria de pena, nas circunstâncias aqui avaliadas, me conduziria a atribuir sanções em patamares significativamente inferiores aos responsáveis que laboraram nesta fase, comparativamente aos demais, de tal maneira que até mesmo o custo da cobrança tornar-se-ia inviável em relação a eles, ponderação essa que deve ser feita à luz do disposto no art. 22 da LINDB, pois como versa o referido dispositivo, “§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente” (grifou-se).

II.2.2.2 – Indícios de irregularidade na fase de análise do investimento

22. No mérito, a unidade instrutiva confirmou as imputações relativas a ausência de análise mais criteriosa dos investimentos na empresa Bertin S.A, especialmente em razão de: ausência de análise criteriosa de onde os recursos seriam efetivamente aplicados; ausência de demonstração dos benefícios que o investimento do banco público traria para a sociedade brasileira, especialmente em termos de geração de empregos; ausência de levantamento apropriado do endividamento da recém-criada Bertin S.A.; existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (covenants), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA; ausência de análise do limite máximo de exposição à Bertin, bem como da efetiva ultrapassagem desse limite; proposta de realização de investimento em equity em empresa com péssima situação financeira; atribuição de valor superior ao justo para a Bertin S.A., por ocasião do aporte, com o consequente recebimento, pela BNDESPar, de quantidade de ações inferior à devida.

23. A unidade técnica, contudo, não entendeu que os pareceristas jurídicos que subscreveram o relatório de análise deveriam ser apenados, pois os entendimentos da área de mercado de capitais necessários refugiriam às exigibilidades de um advogado médio do banco.

24. O Ministério Público acompanhou, apenas em parte, as conclusões da SecexFinanças. O Exmo. relator bem resumiu os argumentos produzidos pela Procuradoria-Geral:

- de forma geral, é possível perceber, na linha das alegações dos responsáveis, certa aderência da operação às políticas operacionais do banco combinadas com a Política de Desenvolvimento Produtivo, embora haja particularidade que impede afirmar a total aderência;

- mesmo que parte (ou a maioria) das informações utilizadas no relatório de análise e na instrução de enquadramento tenham sido fornecidas pela postulante, não parece haver controvérsias sobre o fato de que a Bertin, cliente tradicional do BNDES, estava entre as principais empresas do país no setor de carnes, com dezenas de unidades no país e algumas no exterior, sendo que nos seus dois principais ramos de atuação, carne e couros, parcela expressiva do seu faturamento era proveniente de exportações;
- sobre a previsão de aplicação dos recursos investidos no aporte, o plano de negócios teria apresentado certo detalhamento dos investimentos em modernização e expansão (capex), especificando as unidades produtivas da Bertin nas quais seriam aplicados os recursos, respectivos valores, destinação da produção (se a produção se destinava para exportação, ou se a unidade era habilitada para tanto, ou localizada em estado habilitado) e análise de viabilidade;
- além disso, quanto às aquisições de empresas, o plano de negócios apresentou operações já realizadas, relativas à Vigor (Brasil), Sampco (EUA) e Misr Cold Store (Egito/Cairo Alexandria), bem como operações em andamento/perspectiva, sendo cinco nacionais (Aurora, Perdigão, Mogiana, Nutriara e Ceratti) e quatro estrangeiras (Rigamonti/Itália, Campofrio/Espanha, Fiorucci/Itália e Zimbo/Alemanha). Constaram ainda análises de viabilidade de empresas, mas apenas para operações já realizadas (Vigor e Sampco);
- o quadro de usos e fontes do relatório de análise previa que o valor para modernização/expansão incluía o giro associado e o valor para internacionalização/aquisições incluía recomposição da estrutura de capital em função das aquisições já realizadas;
- é possível concluir que havia indicação de onde os recursos seriam aplicados, embora, de fato, pudesse ter havido maior detalhamento com a segregação dos valores estimados para cada aplicação (capex, giro associado, aquisições e melhoria da estrutura de capital). Contudo, considerando que não havia (ou não foram apontadas na fundamentação das audiências e citações) normas do BNDES que detalhassem o conteúdo do relatório de análise a esse nível, bem como a alegação dos responsáveis da necessidade de flexibilidade no apoio a plano de negócios, não há elementos objetivos para se afirmar que indicação constante do quadro de usos e fontes não representava satisfatoriamente onde os recursos seriam efetivamente aplicados;
- aquisições previstas, por sua vez, foram apresentadas como possibilidades – sujeitas a comprovação por ocasião do aporte – e, segundo afirmado no relatório de análise, não foram consideradas no **valuation** da Bertin;
- falha de maior gravidade, e que constou especificamente na descrição das condutas irregulares anteriormente à oportunidade para o exercício de defesa e do contraditório, consistiu na ausência do levantamento apropriado do endividamento;
- considerando que a etapa de análise compreendia o exame da viabilidade da colaboração financeira ao postulante (art. 24 da Resolução BNDES 1.463/2007), bem como a magnitude do valor autorizado (R\$ 2,5 bilhão), é de se concluir que a ausência do levantamento apropriado do endividamento consistiu em falha grave, equiparável ao erro grosseiro, passível de responsabilização;
- quanto à proposição de realização de investimento em equity em empresa com péssima situação financeira e atribuição de valor superior ao justo para a Bertin, a despeito dos indícios apontados pela unidade técnica de que a análise dos demonstrativos da Bertin S.A. conduziria ao mesmo resultado da análise realizada com os da Bertin Ltda., não se considera possível a aplicação de penalidade com base na conclusão de que a empresa se encontrava em péssima situação financeira, sem que seja efetuada reanálise da situação financeira com base nos demonstrativos pro forma da Bertin S.A. – afinal, essa que foi objeto do investimento – e franqueado o contraditório, o que não se mostra oportuno neste estágio processual;

- a estimativa do fluxo de caixa livre foi efetuada mediante extrapolação do período de 27/7 a 31/12/2007 para todo o exercício, o que a própria unidade técnica, na instrução de mérito, reconheceu não ser o ideal, em que pese o demonstrativo pro forma de 2007 apresentasse inconsistências e na própria manifestação que fundamentou o Acórdão 2.154/2008-TCU-Plenário, a unidade técnica já havia ressaltado que “não se pode fazer uma afirmação peremptória sobre o fluxo de caixa da empresa”;

- embora haja evidências de que a Bertin já possuía elevado endividamento a curto prazo, sendo parte dele associado a **covenants** que fixavam relação máxima dívida líquida/ebitda, não há elementos suficientes para se afirmar, objetivamente, que isso fosse circunstância impeditiva, por si só, para a obtenção de novos financiamentos, até porque os **covenants** vinham sendo cumpridos.

25. Como visto, para o Ministério Público, apesar de relevar a grande maioria dos apontamentos, a grande e inescusável falha cometida pelos responsáveis pela elaboração do relatório de análise teria sido a omissão da análise do endividamento da Bertin, o que seria tido como erro grosseiro.

26. O ministro relator, por sua vez, acompanhou, em essência, o posicionamento da unidade técnica, divergindo, somente, na avaliação de conduta dos advogados pois, em se tratando de profissionais lotados na Área de Mercado de Capitais (AMC), deveriam, sim, perceber os erros grosseiros cometidos na avaliação da empresa Bertin, notadamente as omissões de informação sobre o altíssimo endividamento da empresa.

27. Apresento trechos da conclusão do Min. Augusto Sherman:

“320. Todavia, o que se verifica é justamente que os erros, lacunas e fragilidades apontados foram coletados justamente do relatório de análise, demonstrando claramente que a análise padeceu de erros grosseiros e que conduziram a grandes riscos no aporte realizado pela BNDESPar, incluindo a sobreavaliação da empresa investida, seja com base em informações econômico-financeiras, seja em decorrência do próprio endividamento da empresa.

321. Nesse sentido, para melhor compreensão é necessário reproduzir novamente o seguinte trecho da análise da SecexFinanças sobre o mérito das alegações e razões de justificativa apresentadas:

[reproduziu-se longo excerto do relatório instrutivo dando conta de problemas diversos no **valuation** que balizou o negócio]

322. Devo ainda ressaltar que essas circunstâncias sinalizariam a necessidade de realização de due diligences para confirmação das informações prestadas pela empresa postulante do apoio financeiro, principalmente com relação ao elevado endividamento da empresa e também com relação à existência de títulos de dívida externa com cláusulas restritivas (covenants), estipulando valor máximo de 3,5 para a relação entre a Dívida Líquida/EBITDA, vez que havia muitas inconsistências sobre os dados econômico-financeiros da empresa.

323. Conquanto reconhecido desde o princípio que não havia norma exigindo a realização desse procedimento, de maneira que entendeu a unidade instrutiva pela não aplicação de sanção por esse item da audiência, fato é que se tratava de prática recomendável e normalmente aplicável nas operações de M&A (Mergers & Acquisition), especialmente em operações com grandes volumes financeiros envolvidos. Esse apontamento, portanto, no conjunto do quadro apresentado não deve ser menosprezado, ainda que sozinho não servisse a fundamentar a aplicação de sanção.

324. Não resta a menor dúvida de que se a operação estivesse sendo realizada por instituições como grandes bancos privados nacionais e internacionais esse procedimento seria obrigatoriamente realizado. Se o privado adota zelo nos seus próprios negócios, quanto mais

deveriam funcionários de instituição financeira pública adotar com os recursos que são de toda a sociedade brasileira.

325. As inúmeras falhas apontadas na avaliação das condições da Bertin S.A. denotam, portanto, falta de zelo e cuidados com o aporte de vultosos recursos, uma vez que a própria avaliação foi precariamente realizada e não se baseou de outros recursos que, embora não fossem normatizados, eram de evidentes praxes e recomendações em se tratando de profissionais que atuam no mercado de capitais.

326. Dessarte, feitas essas considerações adicionais, acompanho as proposições da SecexFinanças no sentido da rejeição parcial das razões de justificativa e aplicação das sanções aos responsáveis, aos quais incluo, pelas razões apresentadas, os signatários do Relatório de Análise integrantes do corpo jurídico [...]. (grifou-se)

28. A opinião do relator foi por apenas a equipe técnica, a chefia de departamento, a diretoria, o corpo jurídico e a superintendência da Área de Mercado de Capitais (AMC).

II.2.2.3 – Indícios de irregularidade na fase de aprovação do investimento

29. Os responsáveis pela aprovação do investimento – uma vez submetido o relatório de análise “eivado de falhas” – era da diretoria colegiada, incluindo o presidente do BNDES. Todos eles foram chamados a apresentar suas razões de justificativa.

30. As conclusões do relator rumam para aplicar multa ao diretor da Área de Mercado de Capitais e ao Presidente do BNDES. O primeiro porque teria condições de criticar as omissões de informação no relatório de análise submetido, bem como porque detinha o dever de, diretamente, supervisionar a sua equipe em operação de tal magnitude. O segundo em razão da direção máxima dos negócios.

31. Para os demais diretores, tendo em vista se tratar de irregularidades que refugiam às especialidades daqueles administradores, entendeu-se, em homenagem ao que prescreve o art. 28 da LINDB, que as razões de justificativa devem ser rejeitadas parcialmente, mas sem a aplicação de multa.

II.2.2.4 – Indícios de irregularidade na fase de acompanhamento do investimento

32. Na fase de acompanhamento, o relator acolheu o entendimento do Ministério Público, que concluiu que a própria operação de apoio à JBS para aquisição da Bertin – que preservou valor da empresa, atendendo aos interesses do BNDES – deve ser considerado uma providência a denotar o fiel acompanhamento do investimento pelo banco.

33. Além disso, o **Parquet** rememorou que, em aportes intermediários de recursos, os técnicos da instituição financeira, acertadamente, já alardeavam o elevando endividamento da Bertin, produzindo relatórios de apuração contendo, não somente o diagnóstico dos motivos que estavam levando a empresa à redução dos seus resultados, como sugerindo alternativas de ações para evitar maiores prejuízos ao BNDES.

34. O Min. Sherman, nessa linha, assim entendeu, em observância ao que prescreve o art. 28 da LINDB, sobre a ocorrência de erro grosseiro:

“351. Diante da análise empreendida pela SecexFinanças, no que tange aos membros da equipe de acompanhamento da operação (item 11-c do Despacho de 14/3/2018), entendo, como a unidade instrutiva, que cabe acolher as razões de justificativa de Márcio Duarte de Medeiros e Sérgio José Suarez Pompeo, tendo em vista que a natureza da irregularidade apontada é de omissão e que eles não ocuparam função de direção, não lhes cabendo definir as atividades a

serem realizadas, bem como de Sérgio Foldes Guimarães, considerando que as falhas se referiram a período anterior a sua posse na função de Chefe de Departamento.

352. E no que tange aos membros da Diretoria (item 11-d do Despacho de 14/3/2018), [...], entendo, como proposto pela unidade instrutiva, que cabe acolher as razões de justificativa desses responsáveis, pois conforme a análise empreendida, as falhas apontadas não deveriam, obrigatoriamente, ser observadas pelos diretores de outras áreas que não a responsável pela operação, a Área de Mercado de Capitais – AMC, além das demais observações quanto a Jorge Kalache Filho e Luiz Fernando Linck Dorneles.

353. Em que pese a proposição da unidade instrutiva no sentido da rejeição das razões de justificativa dos responsáveis Eduardo Rath Fingerl, Caio Marcelo de Medeiros Melo, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes e Renato Francisco Martins (como membros da equipe de acompanhamento com cargos diretivos – item 11-c do Despacho) e de Luciano Coutinho (Presidente) e do próprio Sr. Eduardo Rath Fingerl, na qualidade de Diretor da Área de Mercado de Capitais (item 11-d do Despacho), diante de parte das razões apresentadas no Parecer da d. Procuradora-Geral, penso que se deva rejeitar as razões de justificativa desses responsáveis, considerando a subsistência de irregularidades reconhecidas até mesmo pela representante do Ministério Público, porém, sem aplicação de multa.

354. Assim como o Parquet especializado, que concluiu que “266. Embora concordemos em parte quanto às falhas não elididas apontadas pela unidade técnica na instrução de mérito, entendemos que não houve caracterização de negligência grave ou erro grosseiro na fase de acompanhamento, para fins de responsabilização nos termos do art. 28 da Lindb, conforme análise que segue.”, porquanto, como observado, nessa fase houve remendos à operação preteritamente realizada nas condições aqui expostas, de sorte a evitar-se a completa perda do investimento em Bertin, alinho-me ao ressaltado nos parágrafos 273/274 e 294/295 do parecer.” (grifou-se)

III – Análise deste voto

35. Divirjo da proposta de apenação dos nove responsáveis, em face de suas condutas relacionadas às fases de análise e aprovação do apoio financeiro concedido à Bertin S.A.

36. Faço isso principalmente por considerar que a ausência de prejuízo identificado na operação deve ser ponderado na aplicação de multa nas demais fases de análise e aprovação, conforme o art. 22 da LINDB.

37. Não discordo da existência das falhas e omissões apontadas, principalmente sobre o **valuation** da Bertin. A consequência de tais lapsos, contudo, não foi definitiva para a ocorrência de qualquer prejuízo, tendo sido tanto mitigada na operação de fusão da Bertin com a JBS – com aquisição de ações da segunda pela BNDESPar – quanto, posteriormente, se demonstrada amplamente vantajosa.

38. Como ajuizei em outros processos em circunstâncias semelhantes, tais consequências naturalísticas da conduta e demais elementos objetivos de fato devem fazer parte do espectro de elementos agravantes ou atenuantes na responsabilização subjetiva. Na prática, se impõem sanções pessoais aos mesmos responsáveis que agiram para prover o banco de ganho bilionário na carteira de ações da JBS.

39. Discordo, também, sobre a não consideração da ausência de benefícios econômico ou social ao país – argumento igualmente utilizado quanto à omissão de análises no âmbito do banco. Apresento, a seguir nesse sentido, breve arrazoado sobre a dita “política pública” atendida, como também do resultado final das operações:

III.1 - Dos objetivos da política pública e do alinhamento da operação com o objetivo social do BNDES

40. Em nota preliminar, assim como fiz nos TC 010.398/2017-1 e TC 036.606/2018-9 – referentes ao apoio financeiro do BNDES à JBS para aquisição das empresas Swift e Pilgrim's, respectivamente – entendo necessário contextualizar as operações realizadas, consoante os objetivos estratégicos declarados do banco, bem como o alinhamento dos aportes de capital empreendidos com as políticas públicas macrogovernamentais em vigor, à época.

41. Antecipo que, embora o enquadramento na operação de aporte de capital na empresa Bertin não mencione, como norte, a atendimento aos objetivos da dita política pública, alinho-me ao posicionamento do douto Ministério Público, em parecer de lavra da Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva. Para o **Parquet**, a PDP foi lançada em maio de 2008, pouco após a elaboração da instrução de enquadramento e do relatório de análise (outubro de 2007 e março de 2008, respectivamente), motivo pelo qual provavelmente não foi citada nessas peças instrutivas. Seria razoável, contudo, concluir – e que considero um tanto óbvio – que já houvesse orientações no sentido do incentivo à consolidação/expansão de empresas com projeção internacional e capacidade competitiva do setor de carnes, não só pela proximidade temporal com o lançamento da dita política pública, como pelo fato de o referido programa ter sido antecedido pelo PITCE, que já sinalizava nessa direção

42. Isso considerado, a operação sumariada, segundo aludem os responsáveis, foi compatível com os planos e políticas do BNDES de internacionalização de empresas.

43. Na realidade, como amplamente conhecido, essas capitalizações alinhavam-se com a polêmica política macrogovernamental vigente à época que fomentava a formação dos ditos “campeões nacionais”, inicialmente materializada nas “*Diretrizes de Política Industrial Tecnológica e de Comércio Exterior*”, publicada pelo Governo Federal – sob coordenação do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), em 26/11/2003.

44. Como as premissas dessa ação governamental, segundo a publicação:

“A Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior busca, no curto prazo, diminuir as restrições externas do país e, no médio e longo prazo, equacionar o desenvolvimento de atividades-chave, de modo a gerar capacitações que permitam ao Brasil aumentar sua competitividade no cenário internacional. Em função dessas definições, a política buscará:

- Sustentar a elevação do patamar de exportações, com a valorização de recursos e produtos brasileiros, aproveitando potencialidades para melhorar a imagem do País no exterior e ajudar a criar a “marca Brasil”.*

[...]

- Desenvolver projetos voltados para o consumo de massa. Ainda que a demanda seja o indutor dos investimentos, o objetivo é estabelecer padrões de qualidade, design e conteúdo que possibilitem simultaneamente exportações para países com padrão de consumo e renda similares ao Brasil. Busca-se, com isso, auferir ganhos de escala e alcançar um padrão internacional de produto, reduzindo a dicotomia mercado de massas/mercado externo”. (grifou-se)*

45. Um dos pilares da implementação da política, segundo tais diretrizes, foi a “inserção externa”. Como norte, “*as ações, nessa área, [voltaram-se] para a expansão sustentada das exportações e ampliação da base exportadora pela incorporação de novos produtos, empresas e negócios. Inclui: a) apoio às exportações, com financiamento, simplificação de procedimentos e desoneração tributária; b) promoção comercial e prospecção de mercados; c) estímulo à criação de centros de distribuição de empresas brasileiras no exterior e à sua internacionalização; d) apoio à*

inserção em cadeias internacionais de suprimentos; e) apoio à consolidação da imagem do Brasil e de marcas brasileiras no exterior” (grifou-se).

46. Especificamente sobre o agronegócio, havia a seguinte concepção:

“Alguns setores no Brasil vêm ganhando proeminência no mercado internacional, configurando-se em áreas dinâmicas para o País. O caso mais típico é o do agronegócio, bastante estruturado, apoiado por forte competitividade fundamentada no estoque de conhecimentos disponibilizados pela Embrapa e por outras entidades de pesquisa públicas e privadas. Nesse caso, o aumento da inserção brasileira depende, certamente, de negociações internacionais voltadas para a remoção de barreiras tarifárias e não tarifárias (como as sanitárias, que vêm ganhando relevância), mas pode ser impulsionada pelo conjunto de ações derivadas das linhas aqui apresentadas – inovação para criar novas necessidades de uso e consumo; certificação de origem e fortalecimento da “marca Brasil” para diferenciação e captura de preços-prêmio; modernização industrial e aumento de capacidade nos segmentos apropriados.” (grifou-se)

47. Conta ainda das defesas dos responsáveis a nominada “*Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP)*”, também liderada pelo então Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), lançada pelo governo federal em meados de maio de 2008, retomando a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), mas com maiores pretensões no sentido de sua abrangência, profundidade, articulações, controles e metas.

48. Tal qual consta de publicação disponível no sítio eletrônico do BNDES¹, a política envolvia, como alguns dos desafios, “*preservar a banca de pagamentos*” e a “*internacionalização empresarial*”, incluindo como macrometas, entre outras, a “*ampliação da participação das exportações brasileiras no comércio mundial*”. Especificamente no “*Sistema Agroindustrial*”, definiu-se como estratégia a “*conquista de mercados, focalização, diferenciação e ampliação de acesso*”.

49. Em viés mais específico, por meio, eminentemente, de subsídios creditícios, fiscais e financeiros – inclusive concessão de crédito e participações acionárias pelos bancos de fomento –, o governo federal buscava alavancar corporações privadas, de sorte a promover, internacionalmente, a formação de grandes grupos econômicos com preponderância no exterior. Como benefícios, em grosso contexto, o país aumentaria a sua influência econômica e política global, viabilizando acesso a novos mercados, em aumento do potencial exportador e consequente impacto no nível de renda e emprego, o que impulsionaria o próprio crescimento econômico brasileiro.

50. Como igualmente discutido em diversos fóruns, inclusive na imprensa, uma das críticas cabíveis a esse nacionalismo econômico adviria da consequente quebra das regras de livre mercado, com formação artificial de monopólios, com efeitos deletérios, em médio e longo prazo, nos preços para o consumidor final. Especificamente na área agropecuária, alardeou-se a formação de um monopsonio, com um único grande comprador, fixando os preços para baixo do rebanho e consequente quebra de pequenos empreendedores. Afora discussões relativas ao aumento do lucro privado, com potencial ineficiência de gestão, às custas de recursos subsidiados, fornecidos a empresários com questionável objetividade de escolha, com riscos de corrupção.

51. Independentemente de qualquer formação final de valor que este Tribunal possa empreender, tratava-se de uma pública e conhecida política do governo eleito. Em verdade, como diversas vezes já reconhecido por esta Casa, na alocação de recursos públicos, respeitada a legalidade, existe um amplo espaço discricionário aos alocadores de gasto para priorizarem suas ações de governo. Tais visões políticas sobre os problemas e soluções nacionais é que, em termos simbologia do voto, norteiam o processo de escolha democrática.

¹ <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/17700>

52. A esta Corte, nos termos do art. 70 da Constituição Federal, incumbe a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial desses gastos, em aspectos que permeiam a legalidade, a legitimidade, a economicidade da aplicação de recursos públicos.

53. Sob os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais, existe um largo campo de fiscalização, no que se refere à conformidade legal e econômica – o que, aliás, permeia a própria constituição deste processo de tomada de contas especial, em face de potenciais prejuízos advindos da forma como essa política foi praticada.

54. Em termos, contudo, do juízo de conveniência e oportunidade, tal crivo não cabe a esta Corte. Pode-se, em viés operacional, testar a legitimidade, a economicidade e a eficiência das políticas, formulando alertas e recomendações para tal – como recorrentemente o Tribunal o faz –, mas não compete à Corte de Contas fazer as prioridades ou determinar que o gestor as faça, em substituição ao poder eleito. Tal escrutínio político dessas escolhas é privativo do Congresso Nacional.

55. Faço essa digressão – por vezes, nem tanto óbvia –, desde o início, para tecer uma condição de contorno na avaliação das condutas advindas desse processo: uma vez priorizada uma política pública em centro de governo, densificada em planejamento estratégico formulado pelo conselho de administração e conselho diretor da empresa estatal, desde que alinhado com o seu objeto social, cabe-nos fiscalizar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos processos que levarão ao resultado da política, mas não questionar a política em si.

56. Dito de outro modo, o art. 173 da Carga Magna entabula que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Por sua vez, em densificação a tal mandamento, como mesmo consta do art. 2º, §1º, da Lei 13.303/2016, as leis de criação de cada companhia estatal devem definir, para além do interesse público secundário de ganho econômico, o interesse público primário a ser atendido, objetivando qual é a razão coletiva para a criação da empresa.

57. Esses dispositivos reconhecem que, não obstante a atividade de mercado exercida e o objetivo de produção implícito de lucro (que, sim, existe), as empresas estatais fazem parte de uma política setorial de governo para a produção de resultados de interesse público. Ou, de outro modo, empresas públicas e sociedades de economia mista praticam políticas públicas, dentro da sua esfera de ação definida em seu estatuto.

58. Quanto mais clara e transparente a política setorial liderada por centro de governo – podendo advir, inclusive, do ministério supervisor – mais focada deve ser também a respectiva prestação de contas desses resultados à sociedade, feito mediante carta anual de governança corporativa (art. 8º, inciso I, da Lei 13.303/2016).

59. Quero dizer que a lógica por trás da capitalização da Bertin – criticável ou não – adveio de uma decisão macropolítica, densificada em planos estratégicos do BNDES, para fortalecer grandes empresas e promover a internacionalização dos negócios, em setores tidos como estratégicos. Não vejo como, nesse escopo de processo, enquadrar essas operações como “desvio de finalidade”, ou questionar o retorno à sociedade de tal aplicação de recursos subsidiados, como foi engendrado pela unidade técnica, ao menos no âmbito deste processo. Essa decisão, em repetição necessária, extrapolou os muros do BNDES, devendo ser apurada, se for o caso, em foro político próprio.

III.2. – Valor final da carteira de investimentos na JBS

60. Menciono a necessária ponderação sobre o benefício final ao BNDES e aos cofres públicos, na forma de dividendos, advindo da aquisição de ações da JBS.

61. No âmbito do voto que empreendi no TC 010.398/2017-1 (aquisição das debêntures da Pilgrim's), situei que houve extensa argumentação dos responsáveis respectiva a ausência de prejuízo

ao BNDES, quando se avalia a carteira de investimentos na JBS como um todo. Aludiu a defesa que este Tribunal não deve questionar individualmente os resultados econômicos de cada operação, em processos administrativos apartados, pois a mitigação dos riscos inerentes aos investimentos de renda variável se daria pela ótica do portifólio, diversificação, giro de ativos e perfil de longo prazo das participações.

62. O Exmo. relator, Min. Augusto Sherman, naquele caso, assim resumiu os argumentos apresentados:

“139. Nesse raciocínio, deveria observar o conjunto de operações de investimentos na JBS de 2007 a 2016. Nesse exame seria possível concluir que houve um resultado positivo acumulado do investimento na JBS de R\$ 3,56 bilhões, conforme informações e gráfico divulgados no Livro Verde da instituição. Também que:

• A BNDESPar investiu em todas as operações de aporte de capital relacionadas, direta ou indiretamente, com a JBS, algo em torno de R\$ 8,1 bilhões, dos quais, R\$ 5,0 bilhões já teriam retornado por meio do pagamento de proventos (dividendos e JCP), prêmio às debêntures pela prorrogação do prazo para a abertura de capital da JBS USA e vendas de ações;

• A BNDESPar ainda possui algo em torno de 581 milhões de ações. Caso esse lote de ações fosse vendido em 9/5/2019 (cotação da ação em R\$ 20,80 naquele dia), além dos R\$ 5,0 bilhões já recebidos, haveria retorno aos cofres públicos de algo em torno de R\$ 12,1 bilhões, o que representaria um retorno total de R\$ 17,1 bilhões - mais que o dobro do investimento realizado. Esse valor seria ainda maior se considerado o valor adicional que se poderia obter pelos direitos políticos que teria o lote, correspondente a 21,32% do capital votante e total da JBS;

• A taxa interna de retorno do investimento, considerando todos os investimentos realizados, até maio de 2019, seria de 9,23% a.a., enquanto o índice Bovespa (IBOV) entregou uma taxa de retorno de 2,92% a.a.;

[...]

• Esses números são ainda maiores, considerando a valorização das ações da Companhia ao longo dos anos, de sorte que segundo novas defesas apresentadas nestes autos em 2020, com números mais atualizados, reforçariam ainda mais o retorno do capital investido;” (grifou-se).

63. Naqueles processos, em análise desses argumentos, o relator reconheceu que houve um expressivo retorno positivo do capital, notadamente, conforme se visualiza no gráfico abaixo, segundo cotações da JBSS3 de que a BNDESPar passou a ser sócia, desde a conversão das debêntures em ações até 23/11/2022:



64. Nada obstante, tais argumentos não socorreriam os responsáveis. Situou o relator que “o raciocínio somente é aqui empregado porque as ações da empresa efetivamente tomaram o rumo das estrelas com o dinheiro público investido de forma barata e sem igual no mercado, em condições

inclusive sempre favoráveis aos pleitos dos executivos da JBS S/A, situação que jamais ocorreria frente a instituições financeiras privadas. A conversão, como realizada, e a própria operação em si, jamais ocorreria se estivesse a JBS a negociar sua expansão junto a renomadas instituições de fomento entre os diversos grandes bancos privados nacionais ou instituições financeiras internacionais, cujos nomes entendo desnecessário aqui citar” (grifou-se).

65. Avaliei, em contraponto, em meu voto, que “*de fato, seria pouco provável que o mercado privado empreendesse tal operação. Nessa assunção, realmente não haveria motivos para haver uma política de “campeãs nacionais”. É verdade que houve a maciça injeção de dinheiro em grupos econômicos com aptidão à expansão internacional, novamente, contudo, como já dissertei no introito deste voto, o questionamento dessa política pública, ecoada nas estratégias do BNDES – ao perfazer as suas razões de interesse público, coerentemente com a política econômica setorial – não é o foro adequado para este julgamento”* (grifos no original).

66. Posto isso, entendi que o resultado naturalístico dos atos questionados impacta diretamente no juízo subjetivo de suas condutas. Irregularidades, cuja consequência é a ruína administrativa, devem condizer com uma consequência proporcional, em termos de **quantum** sancionatório. De outro modo, não se materializando prejuízo palpável – e configurando-se, pelo contrário, um lucro excepcional –, tal fato igualmente deve impactar na análise de reprovabilidade dos atos apurados.

67. Todos esses argumentos são absolutamente cabíveis na análise das condutas ora apreciadas. Não obstante as eventuais omissões quanto à situação financeira/endividamento da Bertin, no aporte inicial de R\$ 2,5 bilhões na companhia, fato é que, no acompanhamento da mesma operação, em ação subsequente – no apoio financeiro à JBS – o potencial prejuízo foi revertido, com amplo ganho financeiro para o BNDES.

68. Logicamente que, havendo materialização probatória – que não consta dos autos – de facilitação dolosa, corrupção e improbidade, a consequência da conduta existiria, e seria gravíssima. Na inexistência, todavia, não vejo como desvencilhar os ganhos globais do negócio do julgamento da dosimetria da pena dos responsáveis, em homenagem ao mesmo art. 22 da LINDB considerado no voto do Min. Sherman.

III.4. – Conclusão a respeito das audiências

69. Isso posto, reconheço a existência de lapsos instrutivos na etapa de análise da operação de aporte de capital na empresa Bertin, situação que indica a necessidade de porfiar ciências ao BNDES sobre o conteúdo de tais inconformidades. A inexistência de prejuízo, contudo, e, ao contrário, o amplo ganho financeiro provido pela carteira de ações da JBS, são circunstâncias objetivas que impõe a aplicação do art. 22 da LINDB. Com se extrai do dispositivo:

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

[...]

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.” (grifou-se)

70. Voto, nesse sentido, para aqueles responsáveis em que o relator entendeu pela aplicação de multa, por acolher parcialmente as suas razões de justificativa, sem apená-los.

VI – Conclusão

71. Em últimas colocações, reconheço que, embora não disponível, existe uma colaboração premiada corroborada pelo Supremo Tribunal Federal que, ao que se diz, aborda pretensos fatos e eventuais facilitações irregulares para o grupo JBS.

72. Infelizmente, contudo, tal material não está disponível, o que não permite sequer que se presuma, sem maior musculatura probatória, a ocorrência dos ditos ilícitos.

73. Também admito que, eventualmente, com o **desclosure** das informações objeto de delação, em hipótese, se possa avaliar que o quadro escrutinado, de fato, envolvia um favorecimento doloso do grupo econômico receber dos aportes do banco. Nesse cenário, porém, o procedimento adequado é, o Ministério Público, se assim entender necessário, oferecer recurso de revisão contra a decisão tomada pelo Tribunal para que – aí sim, de posse do acervo probatório –, se possa debruçar sobre esse novel contexto decisório.

74. Por ora, inexistindo prova objetiva da ocorrência de dolo e considerando, principalmente, o resultado final do aporte de recursos na JBS – que tanto mitigou eventual prejuízo decorrente de investimentos na Bertin, como rendeu expressivos rendimentos ao BNDES ao longo do tempo em alinhamento com o que dispõe ao art. 22 da LINDB –, afora as demais considerações que fiz, sobre a inexistência de erro grosseiro (art. 28 da mesma lei) entendo que as razões de justificativa devam ser acatadas.

Ante o exposto, acompanho o voto do Ministro Revisor Jorge Oliveira.

TCU, Sala das Sessões, em 9 de abril de 2024.

BENJAMIN ZYMLER
Ministro

ACÓRDÃO Nº 629/2024 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.879/2018-4
 - 1.1. Apenso: 034.935/2015-0
2. Grupo II – Classe IV – Assunto: Tomada de Contas Especial
3. Interessados/Responsáveis: identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992)
4. Unidades: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; BNDES Participações S.A.
5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti
 5. 1. 1º Revisor: Ministro Jorge Oliveira
 5. 2. 2º Revisor: Ministro Jhonatan de Jesus
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Bancos Públicos e Reguladores Financeiros (AudBancos)
8. Representação legal: Francisco Augusto da Costa e Silva (21.370/OAB-RJ), André Uryn (110.580/OAB-RJ) e outros, representando Cléber Ubiratan de Oliveira, Luiz Fernando Linck Dorneles, Eduardo Coutinho Guerra, Márcio Duarte de Medeiros, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Ricardo Schaefer, Cláudio de Almeida Neves, Armando Mariante Carvalho Júnior, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes e Eduardo Eugênio Gouvea Vieira; Maria Luísa Wiltgen Guimarães Junqueira (173.562/OAB-RJ), Victor Aguiar Jacuru (174.458/OAB-RJ) e outros, representando Bruno Lintz dos Santos; André Uryn (110.580/OAB-RJ), representando Renato Francisco Martins, Fernanda Farah de Abreu Zorman, José Cláudio Rego Aranha, Wagner Bittencourt de Oliveira, Fábio Sotelino da Rocha, Jorge Luiz Sozzi de Moraes e Rafael Petrocelli; Pedro Augusto Machado Cortez (24.432/OAB-SP), Renata Foizer Silva Manzoni (23.602/OAB-CE) e outros, representando Paulo Todescan Lessa Mattos; Luísa Berni Mendonça dos Santos (147.936/OAB-RJ), Pedro José de Almeida Ribeiro (163.187/OAB-RJ) e outros, representando Ricardo Luiz de Souza Ramos, Yolanda Maria Melo Ramalho, Cláudio Bernardo Guimarães de Moraes, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, Selmo Aronovich, Gil Bernardo Borges Leal, Mário José Soares Esteves Filho, Ishai Waga, Roberto Zurli Machado, Mariane Sardenberg Sussekind, Ernani Teixeira Torres Filho e Carlos Roberto Lopes Haude; Elias Cândido da Nóbrega Neto (71.601/OAB-DF), representando João Carlos Ferraz, Maurício Borges Lemos e Luciano Galvão Coutinho; Eugênio José Guilherme de Aragão (4.935/OAB-DF), Gean Carlos Ferreira de Moura Aguiar (61.174/OAB-DF) e outros, representando Alessandro Golombiewski Teixeira e Paulo Bernardo Silva; Melissa Monte Stephan (118.596/OAB-RJ), representando Charles Carvalho Guedes, Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, Clara Levin Ant, Ivan João Guimarães Ramalho, André Luiz Barreto de Paiva Filho e Pedro Luiz Carneiro de Mendonça; Wilson Sampaio Sahade Filho (22.399/OAB-DF), Fernando Luís Coelho Antunes (39.513/OAB-DF) e outros, representando Joesley Mendonça Batista; Lauro Luiz Studart Leão (121.055/OAB-RJ), representando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Eugênio José Guilherme de Aragão (4.935/OAB-DF), Célio Júnio Rabelo de Oliveira (54.934/OAB-DF) e outros, representando Fernando Damata Pimentel e Guido Mantega; Elísio de Azevedo Freitas (18.596/OAB-PE), representando Letícia Lourenço Bonzanini e Rodrigo Rabelo Tavares Borba; Marta de Castro Meireles (130.114/OAB-RJ) e Ivan Ribeiro dos Santos Nazareth (121.685/OAB-RJ), representando Sérgio José Suarez Pompeo; Maria Luísa Wiltgen Guimarães Junqueira (173.562/OAB-RJ), Felipe Salathe Rogoginsky (219.053/OAB-RJ) e outros, representando Renata Bastos Maccacchero Victor; Pedro José de Almeida Ribeiro (163.187/OAB-RJ), Denilson Ribeiro de Sena Nunes (96.320/OAB-RJ) e outros, representando Caio Britto de Azevedo; Alessandra Martins Gualberto Ribeiro (37.838/OAB-DF), Louise Dias Portes (203.612/OAB-RJ) e outros, representando Miguel João Jorge Filho e Elvio Lima Gaspar; Eugênio José Guilherme de Aragão (4.935/OAB-DF), Alisson Emmanuel de Oliveira Lucena (37.719/OAB-PE) e outros, representando Carlos Roberto Lupi; Douglas Lemos Milani (212.900-E/OAB-RJ), Alexandre Ferreira da Costa Maia (216.714E/OAB-RJ) e outros, representando Sérgio Foldes Guimarães; Guilherme Augusto Ferreira

Fregapani (34.406/OAB-DF), Maria Clara Espíndola de Queiroz e outros, representando Roberto Teixeira da Costa; Carina Gallardo Rey (132.226/OAB-RJ), Melissa Monte Stephan (188.596/OAB-RJ) e outros, representando Jaldir Freire Lima e Reginaldo Braga Arcuri; Carina Gallardo Rey (132.226/OAB-RJ), Rodrigo Sales da Rocha Abreu (155.278/OAB-RJ), representando Renata Moustapha Correa; Felipe Salathe Rogoginsky (219.053/OAB-RJ), Nathalia Maia Terra de Faria (246.354/OAB-RJ), Vinicius Mendes de Lima Papaleo (248.803/OAB-RJ) e outros, representando Fernando Américo de Rezende Neto; André Uryn (110.580/OAB-RJ) e Daniella Felix Teixeira, representando Jorge Kalache Filho; Adailton da Rocha Teixeira (19.283/OAB-DF), representando Carlos Eduardo Esteves Lima; Felipe Lima Araújo Romero (215.001/OAB-RJ), André Souza Viali (57.350/OAB-DF) e outros, representando Júlio César Maciel Ramundo; Stephanie Cirilo Lemos, Alexandre Ricardo Ferreira da Silva e outros, representando JBS S/A; Ana Luiza Vieira Moerbeck (173.554/OAB-RJ), representando Eduardo Rath Fingerl; Grazielle Fernandes Pettene, Denilson Ribeiro de Sena Nunes (96.320/OAB-RJ) e outros, representando BNDES Participações S.A.; Rodrigo Sales da Rocha Abreu (155.278/OAB-RJ), representando Priscila Tavares Camacho Bak.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial (TCE) instaurada mediante a conversão de representação relativa à operação de aporte de capital na empresa Bertin S.A. pela BNDESPar e sua posterior incorporação pela empresa JBS S.A., conforme o Acórdão 2.154/2018-Plenário, originador desta,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Revisor, e com fundamento nos arts. 1º, I, 12, § 3º, 16, I, 17 e 23, I, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 1º, I, 207 e 214, I, do Regimento Interno, em:

9.1. excluir do rol de responsáveis João Paulo dos Reis Velloso (falecido), Jorge Luiz Sozzi de Moraes (falecido), Joesley Mendonça Batista e a empresa JBS S.A.;

9.2. considerar revel Miguel João Jorge Filho, para todos os efeitos;

9.3. acolher as alegações de defesa e/ou razões de justificativa e julgar regulares as contas de Alessandro Golombiewski Teixeira, Alice Ferreira Lopes da Maia e Menezes, Álvaro Oliveira de Freitas, André Gustavo Salcedo Teixeira Mendes, André Luiz Barreto de Paiva Filho, Armando Mariante Carvalho Júnior, Bruno Fraga Leal, Bruno Lintz dos Santos, Caio Britto de Azevedo, Caio Marcelo de Medeiros Melo, Carlos Eduardo Castello Branco, Carlos Eduardo Esteves Lima, Carlos Roberto Lopes Haude, Carlos Roberto Lupi, Charles Carvalho Guedes, Clara Levin Ant, Cláudio Bernardo Guimarães de Moraes, Cláudio de Almeida Neves, Cláudio Figueiredo Coelho Leal, Cléber Ubiratan de Oliveira, Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, Eduardo Klingelhofer de Sá, Eduardo Rath Fingerl, Élvio Lima Gaspar, Erenice Alves Guerra, Ernani Teixeira Torres Filho, Fábio Sotelino da Rocha, Fernanda Farah de Abreu Zorman, Fernando Américo de Rezende Neto, Gil Bernardo Borges Leal, Ishai Waga, Ivan João Guimarães Ramalho, Jaldir Freire Lima, João Carlos Ferraz, Jorge Kalache Filho, José Cláudio Rego Aranha, Júlio Cesar Maciel Ramundo, Leticia Lourenço Costa, Luciano Galvão Coutinho, Luciano Siani Pires, Luiz Eduardo Melin de Carvalho e Silva, Luiz Fernando Linck Dorneles, Márcio Duarte de Medeiros, Maria Isabel Rezende Aboim, Mariane Sardenberg Sussekind, Mário José Soares Esteves Filho, Maurício Borges Lemos, Miguel João Jorge Filho, Nelson Fontes Siffert Filho, Paulo Bernardo Silva, Paulo Todescan Lessa Mattos, Pedro Luiz Carneiro de Mendonça, Priscila Tavares Camacho Bak, Rafael Petrocelli, Reginaldo Braga Arcuri, Renata Bastos Maccacchero Victor, Renata Moustapha Correa, Renato Francisco Martins, Ricardo Luiz de Souza Ramos, Ricardo Schaefer, Roberto Teixeira da Costa, Roberto Zurli Machado, Rodrigo Rabelo Tavares Borba, Selmo Aronovich, Sérgio Eduardo

Weguelin Vieira, Sérgio Foldes Guimarães, Sérgio José Suarez Pompeo, Thereza Cristina Nogueira de Aquino, Wagner Bittencourt de Oliveira e Yolanda Maria Melo Ramalho, dando-lhes quitação plena;

9.4. dar ciência do inteiro teor desta deliberação aos responsáveis, à 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 J&F Investimentos S.A., ao 11º Ofício da Procuradoria da República do Distrito Federal, à Delegacia de Combate à Corrupção e Crimes Financeiros/Superintendência de Polícia Federal no Distrito Federal, à Força-Tarefa do Departamento de Polícia Federal no Rio de Janeiro atinente aos assuntos referentes ao BNDES/Coordenação-Geral de Polícia Fazendária e à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

10. Ata nº 13/2024 – Plenário.

11. Data da Sessão: 9/4/2024 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0629-13/24-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Vital do Rêgo, Jorge Oliveira (1º Revisor), Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus (2º Revisor).

13.2. Ministro com voto vencido: Walton Alencar Rodrigues.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator) e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JORGE OLIVEIRA
Revisor

Fui presente:

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

TERMO DE CIÊNCIA DE COMUNICAÇÃO

(Documento gerado automaticamente pela Plataforma Conecta-TCU)

Comunicação: Aviso 000.344/2024-GABPRES

Processo: 033.879/2018-4

Órgão/entidade: CD - Comissão de Fiscalização Financeira e Controle (CFFC)

Destinatário: COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E CONTROLE - CD

Informo ter tomado ciência, nesta data, da comunicação acima indicada dirigida à/ao COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E CONTROLE - CD pelo Tribunal de Contas da União, por meio da plataforma Conecta-TCU.

Data da ciência: 27/05/2024

(Assinado eletronicamente)

STEFANIA SERZANINK

Usuário habilitado a receber e a acessar comunicações pela plataforma Conecta-TCU.