

***Parecer sobre a desnecessidade de licitação para empresa estatal  
integralizar bens em Fundo de Investimento Imobiliário***

**Marçal Justen Filho**

Doutor em Direito

Professor Titular da UFPR de 1986 a 2006

Advogado e parecerista em Direito Público

## SUMÁRIO

<b><i>I - Os fatos e os quesitos</i></b> .....	<b>1</b>
<b><i>II - Ressalva inicial</i></b> .....	<b>3</b>
<b><i>III - O caso concreto: as operações praticadas pelo Consultente</i></b> .....	<b>3</b>
III.1 - A problemática enfrentada pelo Banco do Brasil.....	3
III.1.1 - A atividade bancária e os estabelecimentos comerciais .....	3
III.1.2 - A proliferação dos edifícios .....	4
III.1.3 - A imobilização patrimonial.....	4
III.1.4 - A alteração do cenário .....	4
III.2 - A regulação bancária .....	4
III.2.1 - O acordo da Basileia e a sua finalidade .....	4
III.2.2 - A Resolução 2.099/94 do BACEN.....	4
III.3 - A situação do Consultente em face da disciplina regulatória .....	5
III.3.1 - Opção por desfazer-se de imóveis com alto custo de manutenção .....	5
III.3.2 - Problema essencial: a necessidade de manutenção da posse .....	5
III.3.3 - Problema adicional: o alto valor dos bens .....	5
III.3.4 - Problema adicional: a pluralidade de imóveis .....	6
III.4 - Problema adicional: o prazo para alienação .....	6
III.5 - As oportunidades para investimento .....	6
III.5.1 - Os Fundos de Investimento Imobiliário (FII).....	6
III.5.2 - A atratividade do investimento .....	7
III.5.3 - O interesse em realizar investimentos .....	7
III.5.4 - O interesse em criar oportunidades para os clientes .....	7
III.5.5 - A efetiva atratividade do negócio .....	7
III.6 - Solução adotada: investir em um FII e estabelecer aluguel longo .....	8
III.6.1 - A criação de um FII e a integralização mediante bens.....	8
III.6.2 - As condições da locação.....	8
III.6.3 - Caso concreto: as fases do negócio realizado pelo consultente .....	8
III.6.4 - A locação em favor do Consultente como fator de atração .....	9
III.7 - O caso concreto: o questionamento apresentado.....	9
III.7.1 - O entendimento adotado no âmbito do TCU .....	9
III.7.2 - A ausência de questionamento sobre a economicidade .....	11

<b><u>IV - As empresas estatais e a extensão do seu dever de licitar</u></b> .....	<b>12</b>
IV.1 - As entidades administrativas de direito privado .....	13
IV.1.1 - A inviabilidade da empresa sujeita a regime público .....	13
IV.1.2 - A preservação da isonomia e da livre concorrência.....	13
IV.1.3 - A disciplina da Constituição de 1988 .....	14
IV.1.4 - A situação de equilíbrio com as empresas privadas .....	14
IV.2 - Empresas estatais e licitação.....	14
IV.2.1 - A disciplina constitucional sobre o tema .....	14
IV.2.2 - O art. 22, inc. XXVII, da CF/88.....	14
IV.2.3 - O disposto no art. 37, inc. XXI, da CF/88.....	15
IV.2.4 - O disposto no art. 173, § 1º, inc. III, da CF/88 .....	15
IV.2.5 - A distinção constitucional de tratamento.....	16
IV.3 - A submissão aos “princípios” da Administração Pública.....	16
IV.3.1 - Ainda a questão dos “princípios” e das “regras” .....	16
IV.3.2 - A margem de autonomia do aplicador do direito.....	17
IV.4 - A determinação impositiva da Constituição .....	17
IV.4.1 - A vedação a um regime jurídico uniforme.....	17
IV.5 - O afastamento da incidência da regra do art. 37, inc. XXI.....	17
IV.5.1 - As empresas estatais e os princípios atinentes à licitação .....	18
IV.6 - Ainda a disciplina infraconstitucional sobre as licitações .....	18
IV.6.1 - O problema histórico .....	18
IV.6.2 - A exigência de interpretação conforme.....	18
IV.6.3 - A dinâmica jurídica: a tendência à inconstitucionalidade .....	18
IV.6.4 - A vedação à superposição da vontade do legislador.....	19
IV.7 - A orientação do próprio TCU .....	19
IV.8 - O dever de licitar e a sua conformação ao contexto empresarial .....	20
IV.8.1 - A atuação em ambiente competitivo e as suas consequências .....	20
IV.8.2 - Os efeitos nocivos da demora.....	20
IV.8.3 - Os efeitos nocivos da divulgação de informações privilegiadas .....	21
IV.8.4 - A incompatibilidade entre a licitação e o fim buscado.....	21
IV.9 - A importância da atenção às características do negócio pretendido .....	22
IV.9.1 - A margem de autonomia para definir estratégias empresariais .....	22
IV.9.2 - Autonomia empresarial: não caracterização de “discricionariedade”.....	22

IV.9.3 - O dever de opção pela solução economicamente mais eficiente .....	23
IV.10 - Síntese.....	23
<b><u>V - A ausência de obrigatoriedade de licitar.....</u></b>	<b><u>24</u></b>
V.1 - O critério da “atividade-fim” .....	24
V.1.1 - A distinção entre as hipóteses .....	24
V.1.2 - A ausência de obrigatoriedade quanto a atividades-fim .....	24
V.2 - A dificuldade da distinção .....	26
V.2.1 - O vínculo com o objeto empresarial principal .....	26
V.2.2 - A natureza formal do critério .....	26
V.3 - A insuficiência da distinção .....	27
V.3.1 - O vínculo indireto à atividade-fim.....	27
V.3.2 - A existência de situações complexas .....	27
V.3.3 - A eventual inviabilidade da licitação para atividades-fim .....	27
V.4 - A questão de fundo.....	28
V.5 - O critério do “óbice intransponível à atividade comercial” .....	28
V.5.1 - O precedente do TCU.....	28
V.5.2 - O entendimento a ser adotado.....	29
V.5.3 - As implicações do entendimento .....	30
V.5.4 - O aprofundamento do entendimento .....	30
V.5.5 - A orientação adotada.....	31
V.5.6 - Síntese sobre a questão .....	31
<b><u>VI - O caso concreto: a configuração como atividade-fim.....</u></b>	<b><u>32</u></b>
VI.1 - A previsão do estatuto do consulente .....	32
VI.2 - A “alienação” como meio para realizar o fim.....	32
VI.2.1 - O investimento em FII .....	32
VI.2.2 - A hipótese de pagamento em dinheiro .....	32
VI.3 - A amplitude do conceito de atividade-fim .....	32
VI.3.1 - A ausência de uma alienação pura e simples.....	33
VI.3.2 - Ainda a ausência de operação de “venda”.....	33
VI.3.3 - A acessoriedade da alienação .....	33
VI.3.4 - Ainda a regra geral: o acessório segue o principal .....	33
VI.4 - A preservação dos recursos financeiros .....	33
VI.5 - Ainda a improcedência de argumentos secundários .....	33

VI.5.1 - A atuação esporádica .....	33
VI.5.2 - O esvaziamento da exigência de licitação .....	34
VI.5.3 - A questão da desnecessidade ou da solução de alienação .....	35
VI.5.4 - O argumento da alienação do imóvel e aplicação dos recursos .....	36
<b><u>VII - O caso concreto: o óbice intransponível à atividade negocial.....</u></b>	<b>36</b>
VII.1 - A oportunidade para colocação do investimento no mercado.....	36
VII.1.1 - A relevância da identificação do momento oportuno .....	36
VII.1.2 - O caso concreto: a inviabilidade da espera .....	37
VII.1.3 - A característica específica da atividade financeira .....	37
VII.2 - O custo de oportunidade: a alocação de recursos financeiros.....	37
VII.2.1 - O objeto empresarial do Banco.....	37
VII.2.2 - O caso concreto: a ausência de alocação da moeda .....	38
VII.2.3 - O óbice intransponível ao sucesso empresarial.....	38
VII.3 - A incerteza dos resultados de licitação para venda de imóveis .....	38
VII.3.1 - Atividade empresarial e segurança.....	38
VII.3.2 - Os percalços de uma licitação .....	39
VII.3.3 - Os percalços de licitação para venda de imóveis .....	39
VII.3.4 - O caso concreto: o impedimento à atividade-fim .....	39
VII.4 - Síntese.....	39
<b><u>VIII - A questão da contratação direta .....</u></b>	<b>40</b>
VIII.1 - A disciplina da contratação direta .....	40
VIII.1.1 - A dispensa de licitação .....	40
VIII.1.2 - A inexigibilidade de licitação .....	41
VIII.1.3 - A situação concreta .....	41
<b><u>IX - O caso concreto: a dação em pagamento .....</u></b>	<b>41</b>
IX.1 - A dispensa por dação em pagamento .....	41
IX.2 - O instituto da dação em pagamento .....	42
IX.2.1 - A permuta .....	42
IX.2.2 - A compra e venda.....	42
IX.2.3 - A dação em pagamento.....	42
IX.3 - A subscrição de cotas de FII.....	42
IX.3.1 - A subscrição de um investimento .....	42
IX.3.2 - A composição do patrimônio de um FII.....	43

IX.3.3 - A assunção de obrigação em valor pecuniário definido .....	43
IX.3.4 - Ainda a questão da “equivalência” a uma alienação .....	43
IX.4 - A ausência de equivalência a uma venda .....	44
IX.4.1 - A venda e o interesse do vendedor .....	44
IX.4.2 - A subscrição de cotas de FII: o interesse de comprar .....	44
IX.4.3 - A subscrição de cotas de FII: a ausência de “venda de dinheiro” .....	44
IX.4.4 - A liquidação do preço mediante entrega de bens .....	45
IX.5 - O caso concreto: a finalidade buscada pelo Banco .....	45
IX.5.1 - A irrelevância jurídica da “necessidade” de desmobilização .....	45
IX.5.2 - A ausência de operação de “venda” dos bens .....	45
IX.5.3 - A irrelevância do destino posterior das cotas .....	46
IX.5.4 - O descabimento do argumento da “simulação” de investimento .....	46
IX.6 - O descabimento do argumento de soluções alternativas .....	47
IX.6.1 - A autonomia para organizar a atividade empresarial .....	47
IX.6.2 - A ausência de exigibilidade da solução de licitar .....	47
IX.6.3 - A vedação à solução mais onerosa .....	48
IX.6.4 - O caso concreto: a escolha de solução vantajosa .....	48
IX.7 - A incidência da dispensa de licitação .....	48
IX.7.1 - O conteúdo do dispositivo .....	48
IX.7.2 - O caso concreto: liquidação da obrigação pela entrega de bens .....	49
IX.8 - A interpretação das hipóteses de dispensa de licitação .....	49
IX.8.1 - A amplitude do conceito de “dação em pagamento” .....	49
IX.8.2 - A interpretação do negócio pactuado .....	49
<b><u>X - Inexigibilidade de licitação e inviabilidade de competição</u></b> .....	<b>50</b>
X.1 - Considerações gerais sobre a inexigibilidade de licitação .....	50
X.2 - A complexidade do conceito de “inviabilidade de competição” .....	51
X.2.1 - A hipótese de “impossibilidade” de competição .....	51
X.2.2 - A distinção entre “impossibilidade” e “inviabilidade” .....	52
X.2.3 - A distinção gramatical .....	52
X.2.4 - O elenco exemplificativo dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666 .....	52
X.3 - A inviabilidade por ausência de pluralidade de alternativas .....	53
X.4 - A inviabilidade por ausência de objetividade de julgamento .....	53
X.4.1 - A alternativa da contratação de artistas .....	53

X.4.2 - A distinção com a hipótese de impossibilidade de competição.....	53
X.4.3 - A questão essencial: o critério de escolha .....	54
X.5 - A inviabilidade por ausência de comparatividade .....	55
X.5.1 - A heterogeneidade das prestações ofertadas.....	55
X.5.2 - A impossibilidade de comparação .....	55
X.6 - A inviabilidade de competição do “caput” do art. 25 da Lei nº 8.666 .....	56
X.6.1 - As situações incompatíveis com a satisfação da necessidade .....	57
X.6.2 - Ainda a questão das empresas estatais .....	57
X.7 - A questão do “objeto singular” .....	57
X.7.1 - A alusão expressa a objeto singular (Lei nº 8.666, art. 25, inc. II) .....	57
X.7.2 - A amplitude da questão: a situação diferenciada.....	57
X.8 - A opinião doutrinária .....	58
X.9 - Os precedentes do TCU .....	59
X.10 - Síntese sobre o conceito de “inviabilidade de competição” .....	61
X.10.1 - A irrelevância da pluralidade de alternativas.....	61
X.10.2 - Ainda o princípio da proporcionalidade .....	61
<b><u>XI - O caso concreto: a inexigibilidade de licitação</u></b> .....	<b>61</b>
XI.1 - Os legítimos interesses do Consulente.....	62
XI.1.1 - A alienação de bens .....	62
XI.1.2 - A manutenção da posse dos bens .....	62
XI.1.3 - A compatibilidade com o investimento concebido.....	62
XI.1.4 - O sigilo quanto às operações.....	62
XI.2 - A inviabilidade de obtenção desse resultado mediante licitação .....	62
XI.2.1 - Ainda a dificuldade da alienação nas circunstâncias .....	62
XI.2.2 - Ainda o comprometimento do projeto de investimento .....	63
XI.2.3 - A atratividade do investimento para o mercado .....	63
XI.3 - A inviabilidade de competição.....	63
<b><u>XII - Conclusão</u></b> .....	<b>64</b>

**P A R E C E R**

**BANCO DO BRASIL S.A.** honrou-me com a solicitação de parecer versando sobre os fatos e os quesitos abaixo expostos.

**I - Os fatos e os quesitos**

1. O Consulente narrou que promoveu, nos anos de 2004 e 2012, a subscrição de cotas de Fundos de Investimento Imobiliário – FII, com integralização dos valores mediante a conferência de imóveis de sua titularidade. Essas operações foram promovidas sem licitação e decorriam de duas razões distintas.

2. Por um lado, a atividade bancária se subordina a regras que estabelecem limites à imobilização de recursos. A titularidade de imóveis afeta a liquidez de um banco. A regulação setorial prevê uma relação entre os limites das operações financeiras e a porcentagem de patrimônio imobilizado. Por isso, o Consulente necessitava reduzir os valores de seus ativos imobilizados. Ocorre que esses imóveis eram utilizados para fins operacionais e seria muito nocivo que a alienação impedisse a continuidade do uso dos referidos ativos pelo Banco.

3. Por outro lado, o Consulente identificou a oportunidade para oferecimento aos seus clientes de oportunidade de investimentos em Fundos de Investimento Imobiliário - FII. Trata-se de um produto financeiro muito atraente para os investidores.

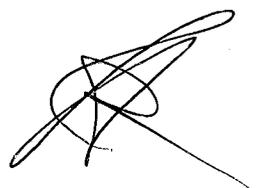
4. Como decorrência, o Consulente concebeu a solução de promover a constituição de FII, para quem transferiu o domínio de diversos imóveis de sua propriedade. Tais imóveis permaneceram locados, com contratos de longa



duração, para o Banco. As cotas dos FII foram totalmente integralizadas pelo ora Consulente (que transferiu os imóveis em pagamento do preço de subscrição). Na sequência, o Banco Consulente comercializou as cotas no mercado secundário, oferecendo-as como oportunidade de investimento especialmente para seus próprios clientes. Essa solução foi praticada em duas oportunidades distintas.

5. O tema foi objeto de exame pelo Tribunal de Contas da União – TCU. No desempenho de suas funções de controle, verificou-se questionamento sobre as operações acima descritas. Existe entendimento da Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional (SECEX-Fazenda) do TCU no sentido de que a alienação dos imóveis dependeria da realização de licitação. Visando a obtenção de maiores subsídios sobre a questão, o Consulente solicitou a elaboração do presente parecer versando sobre os seguintes quesitos:

- a) A instituição de Fundo de Investimento Imobiliário, destinado preferencialmente aos clientes da própria instituição bancária, configura uma atividade-fim de instituição financeira?
- b) A instituição de um Fundo de Investimento Imobiliário, cujo patrimônio é composto por imóveis objeto de locação de longo prazo, amplia a atratividade do investimento para os potenciais investidores?
- c) Nas circunstâncias do caso concreto, a entrega de bens para integralização de cotas de um Fundo de Investimento Imobiliário configurou-se como parte de uma operação financeira?
- d) A aplicação de recursos econômicos do Banco do Brasil em investimentos disponíveis no mercado, em que a liquidação ocorre por meio da conferência de bens diversos de dinheiro, está sujeita a prévia licitação?
- e) A operação por meio da qual o banco deixa de ser titular do domínio de imóveis, permanecendo como locatário e se tornando titular de cotas no Fundo de Investimento Imobiliário versando sobre tais imóveis é econômica ou juridicamente equivalente a uma venda?
- f) No caso concreto, existiu uma operação economicamente complexa, insuscetível de ser dissociada em uma série de contratos autônomos entre si?
- g) Em face da disciplina regulatória, era necessária a redução da imobilização patrimonial do Banco do Brasil?



- h) Em face da atuação empresarial do Banco do Brasil, era indispensável a continuidade do uso dos bens imóveis a serem desmobilizados no seu patrimônio?
- i) Em face das respostas aos quesitos anteriores, é correto afirmar que o Banco do Brasil necessitava promover uma operação casada, em que a alienação dos imóveis fosse acompanhada da sua locação em favor do próprio Banco?
- j) Considerando que a redução da imobilização patrimonial do Banco do Brasil envolvia uma pluralidade de imóveis, cujo valor total somava mais de um bilhão de reais, é correto afirmar que o processo de venda no mercado seria problemático e demorado?
- k) No caso concreto, era obrigatória a licitação prévia para a operação de conferência dos bens para os Fundos de Investimento Imobiliário?

Passo a responder.

## **II - Ressalva inicial**

6. A análise contemplada no presente parecer não reflete qualquer desmerecimento ao entendimento manifestado pelos órgãos técnicos do TCU. Nem traduz a pretensão do signatário de impor orientação doutrinária que se lhe afigure como preferida. Trata-se de abordar a questão sob enfoques diversos daqueles consagrados na via administrativa, apontando outras dimensões jurídicas da problemática examinada.

## **III - O caso concreto: as operações praticadas pelo Consulente**

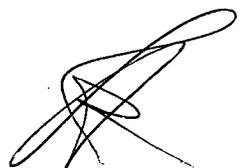
7. A compreensão da controvérsia exige uma análise mais aprofundada das características, circunstâncias e atributos das operações promovidas pelo Consulente.

### **III.1 - A problemática enfrentada pelo Banco do Brasil**

8. As operações objeto de questionamento foram adotadas pelo Banco do Brasil em virtude de uma situação complexa. É fundamental tomar em vista a pluralidade de dimensões da questão concreta.

#### **III.1.1 - A atividade bancária e os estabelecimentos comerciais**

9. Tal como se passou com a generalidade das atividades empresariais, os bancos sempre desenvolveram os seus negócios em



estabelecimentos físicos<sup>1</sup>. A localização e os atributos dos prédios eram relevantes para a captação e a seleção da clientela.

### III.1.2 - *A proliferação dos edifícios*

10. Como decorrência, verificou-se a proliferação dos prédios destinados à instalação de agências bancárias. A ampliação dos negócios do banco apresentava íntima relação com o número das suas agências.

### III.1.3 - *A imobilização patrimonial*

11. Em momentos mais remotos, a maioria das agências bancárias era instalada em imóveis de propriedade do próprio banco. Isso refletia, inclusive, uma reputação quanto à rentabilidade e à solidez do negócio.

### III.1.4 - *A alteração do cenário*

12. Ocorre que fatos supervenientes conduziram à alteração desse cenário. A imobilização patrimonial de bancos tornou-se um defeito, que passou a ser combatido pelas autoridades reguladoras. A situação exige melhor explicação.

## III.2 - *A regulação bancária*

13. O Acordo da Basileia consagrou regras sobre práticas a serem adotadas pelas instituições bancárias nos diversos países. Essas regras foram incorporadas ao direito brasileiro por meio da Resolução nº 2.099/94 do Banco Central.

### III.2.1 - *O acordo da Basileia e a sua finalidade*

14. O *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards* (conhecido como Acordo de Capital da Basileia) foi firmado em 1988, na Suíça, e ratificado por mais de uma centena de países, como Estados Unidos, França, Alemanha e Reino Unido. Seu objetivo foi criar exigências mínimas de capital para instituições financeiras, em precaução contra o risco de crédito.

### III.2.2 - *A Resolução 2.099/94 do BACEN*

15. No Brasil, o acordo foi implementado e detalhado através da Resolução nº 2.099, emitida pelo Banco Central em 17 de agosto de 1994.

16. A resolução introduziu no direito brasileiro algumas regras relativas à estrutura de capital de instituições financeiras. Em particular, inseriram-se

---

<sup>1</sup> O progresso tecnológico vem alterando essa dimensão, especialmente no tocante aos bancos. Deve-se ter em vista, no entanto, que a análise se refere a momentos pretéritos, em que as circunstâncias eram razoavelmente distintas. No entanto e apesar disso, é problemático imaginar que, no futuro, os bancos promoverão todas as suas operações num espaço virtual.



exigências de liquidez e de capital mínimo para bancos comerciais, em função do grau de risco de suas operações ativas.

17. A regulação financeira visava à segurança do mercado respectivo e obrigava diretamente o banco consulente.

*III.3 - A situação do Consulente em face da disciplina regulatória*

18. O Consulente possuía um índice de imobilização maior do que aquele que lhe determina a regulação acima referida, motivo pelo qual precisava desfazer-se de alguns bens imóveis constantes do seu patrimônio.

19. A relação entre valor dos imóveis de uso e patrimônio líquido do banco consulente era a mais elevada entre os três maiores bancos do país. Esta situação devia-se a estratégias anteriores do banco, que já não se justificavam tanto em função da regulação financeira, como em função da realidade econômica nacional.

*III.3.1 - Opção por desfazer-se de imóveis com alto custo de manutenção*

20. Segundo o Consulente, foi considerada a opção de desfazer-se de alguns imóveis do banco que possuíam mais de 20 anos e exigiam altos custos de manutenção. Além do cumprimento da determinação regulatória, isso permitiria ganhos econômicos diretos e ganhos de desempenho.

21. Do ponto de vista econômico, isso conduziria à liberação de patrimônio imobilizado, ganhos de liquidez ao banco e investimento dos valores nas suas atividades principais. Os valores então imobilizados poderiam passar a ser aplicados nas atividades-fim do banco consulente.

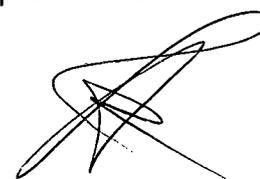
*III.3.2 - Problema essencial: a necessidade de manutenção da posse*

22. Ocorre que os edifícios a serem alienados estavam sendo utilizados para as atividades próprias do Banco. A pura e simples alienação a terceiros geraria problemas insuportáveis, eis que o desapossamento comprometeria o desempenho satisfatório da instituição.

23. Portanto, a alienação somente poderia ser praticada se fosse acompanhada de uma cláusula que assegurasse ao Banco a manutenção da ocupação dos bens.

*III.3.3 - Problema adicional: o alto valor dos bens*

24. Um complicador adicional era o alto valor dos bens imóveis em questão. Isso implicava dificuldades na alienação, eis que nem sempre existem



interessados em condições de desembolsar valores vultosos para adquirir os imóveis. No somatório, esses bens apresentavam um valor superior a um bilhão de reais. Ou seja, não existia um mercado muito amplo de compradores para os bens.

25. A questão apresentava ainda maior dificuldade porque a restrição quanto à exploração dos imóveis pelo novo comprador implicava a redução do universo de potenciais interessados. Afinal, o adquirente do bem não disporia da faculdade de sua livre utilização<sup>2</sup>. Logo, isso conduzia à elevação da dificuldade de promover a alienação desses bens.

#### III.3.4 - *Problema adicional: a pluralidade de imóveis*

26. Outra dificuldade era a pluralidade de imóveis. Não se tratava de promover a alienação de um ou dois bens. Esses bens encontravam-se em locais diversos e a sua destinação era variada.

#### III.4 - Problema adicional: o prazo para alienação

27. Adotar uma solução de alienação formal, segundo padrões tradicionais, conduziria a uma outra dificuldade. A venda dos bens demoraria um período de tempo razoável. Isso seria condição indispensável para evitar vendas apressadas e desastrosas. Mas a demora em encaminhar a solução produziria efeitos danosos à instituição.

#### III.5 - As oportunidades para investimento

28. Por outro lado, o Banco identificou a demanda de seus clientes por investimentos relativos a Fundos de Investimento Imobiliário (FII). Tratava-se de uma alternativa de investimento que surgira no mercado e que passara a atrair a atenção dos investidores. O Banco do Brasil não dispunha de uma alternativa dessa natureza para oferecer à clientela.

#### III.5.1 - *Os Fundos de Investimento Imobiliário (FII)*

29. Os fundos de investimento imobiliário são condomínios fechados de cotas. As cotas por ele emitidas constituem valores mobiliários, sujeitos à regulação da Comissão de Valores Mobiliários. Os principais diplomas normativos

---

<sup>2</sup> Essa é uma questão complexa. A previsão da locação obrigatória do bem para o Banco poderia constituir-se em uma vantagem diferenciada para os eventuais adquirentes, que teriam garantida uma fonte de receita. Mas nem todo o comprador de imóveis de alto valor está interessado em promover a sua locação. Logo e rigorosamente, a restrição à amplitude do uso futuro do bem imóvel funcionava como um fator de limitação do interesse para um segmento de possíveis compradores.



que orientam a atuação desses fundos são a Lei nº 8.668/93 e a Instrução Normativa 472/08 da CVM.

30. A integralização com imóveis de cotas de fundo de investimento imobiliário tem a natureza de investimento em valores mobiliários. É por essa razão que está sujeita à regulação da CVM, conforme o art. 2º da Lei nº 6.385/76.

31. Usam-se os imóveis como forma de contraprestação pelo recebimento de cotas do fundo, que poderá administrá-los. Há previsão expressa dessa possibilidade na IN CVM nº 472:

*“Art. 11. A integralização das cotas será efetuada em moeda corrente nacional admitindo-se, desde que prevista no regulamento do fundo, a integralização em imóveis, bem como em direitos relativos a imóveis.”*

### III.5.2 - A atratividade do investimento

32. O investimento em FII é uma alternativa muito demandada pelo mercado. As cotas adquiridas pelo investidor são negociáveis em bolsas de valores. Por outro lado, a exploração dos imóveis gera resultados que remuneram os investidores. Tais rendimentos são isentos de imposto de renda, o que amplia a atratividade do investimento.

### III.5.3 - O interesse em realizar investimentos

33. O investimento em FII se constituía em um investimento atraente para o próprio Consulente. Era uma solução que permitia a obtenção de resultados proveitosos, ampliando a sua rentabilidade.

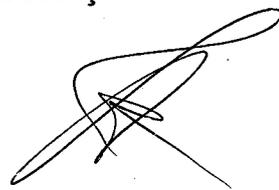
### III.5.4 - O interesse em criar oportunidades para os clientes

34. Mais ainda, a criação de um FII era uma oportunidade que não poderia ser desperdiçada pelo Banco relativamente a seus próprios clientes. Havia um grande interesse da clientela em aplicar recursos em tais espécies de fundos. O Banco do Brasil não dispunha de uma alternativa específica quanto a isso.

### III.5.5 - A efetiva atratividade do negócio

35. É necessário ressaltar que um dos fatores que determina a atratividade de um Fundo de Investimento Imobiliário é a segurança no tocante à obtenção de receitas a partir do patrimônio imobiliário afetado.

36. Os investidores subordinam a sua decisão de aplicar recursos num FII à comprovação de que existe perspectiva séria e firme da obtenção de



receitas. Essa perspectiva se relaciona a contratos previamente avençados entre o FII e terceiros, versando sobre a exploração do patrimônio imobiliário.

37. Um exemplo é a locação dos imóveis integrantes do patrimônio do FII para uma instituição séria e firme. Essa solução significa que os bens de titularidade do FII gerarão receitas que serão partilhadas entre os cotistas.

*III.6 - Solução adotada: investir em um FII e estabelecer aluguel longo*

38. A situação existente conduziu à única opção que permitia conjugar todos os diversos interesses do Banco e que permitia satisfazer todas as suas necessidades.

*III.6.1 - A criação de um FII e a integralização mediante bens*

39. O Consultente concebeu a criação de um FII, subscrevendo quotas de investimento no valor equivalente aos imóveis de que necessitava se desfazer. Os referidos imóveis foram transferidos para o FII, para integralização dos valores devidos pelo Banco. Houve a pactuação de contrato de locação entre o FII e o Banco, assegurando-lhe o direito de uso e fruição por longo prazo. Adicionalmente, o Banco tornou-se titular de um investimento altamente rentável, que lhe permitia obter uma compensação permanente e contínua, isenta de tributação.

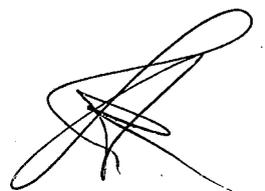
*III.6.2 - As condições da locação*

40. É relevante assinalar que os contratos de locação com o FII contemplavam condições que muito dificilmente o Banco poderia obter no mercado. Foi fixado prazo de locação de dez anos. Previu-se o direito de preferência do Banco para a aquisição dos bens caso o administrador do fundo decidisse pela sua alienação futura. Enfim, houve a renúncia pelo FII do direito de pleitear a revisão do valor da locação a cada 3 anos.

*III.6.3 - Caso concreto: as fases do negócio realizado pelo consultente*

41. O banco consultente constituiu um FII com a finalidade de abrigar parte do seu patrimônio imobiliário. O primeiro FII, denominado BB Progressivo, foi originado pelo banco consultente em 2004 e teve a sua administração confiada à Caixa Econômica Federal.

42. As cotas do fundo foram integralizadas através dos imóveis. Simultaneamente a esta transmissão, pactuou-se com o administrador a locação



dos imóveis pelo período de 10 anos, garantindo rendimentos significativos ao fundo através do fluxo de aluguéis e a posse dos imóveis pelo banco consulente.

43. Na sequência destas operações, as cotas foram lançadas no mercado, em distribuição secundária, levantando recursos em favor do banco consulente.

#### III.6.4 - *A locação em favor do Consulente como fator de atração*

44. Por outro lado, todos os imóveis de titularidade do FII estavam alugados para o Consulente. A existência de contratos de locação entre o FII e o Banco era uma necessidade não apenas para assegurar a continuidade da utilização dos bens para as atividades desse último. Também ampliava significativamente a atratividade do investimento para os interessados. Afinal, é inquestionável que o Banco do Brasil não deixaria de honrar os seus compromissos e liquidaria no tempo e no modo adequados todos os aluguéis que fossem devidos.

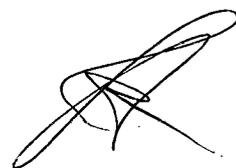
#### III.7 - O caso concreto: o questionamento apresentado

45. As operações acima narradas foram objeto de questionamento pelos órgãos técnicos do TCU.

##### III.7.1 - *O entendimento adotado no âmbito do TCU*

46. Ao examinar o tema, no TC 019.808/2014-2 - Relatório de Fiscalização nº 518/2014, o TCU reputou que seria indispensável a realização de licitação para a alienação dos imóveis do patrimônio do Banco. Os trechos abaixo reproduzidos sintetizam o posicionamento do TCU:

*"38. Analisado o caso concreto, não se percebem nuances que indiquem que a realização da licitação para a alienação dos bens constituísse óbice intransponível à atividade-fim da empresa, bastando verificar, para tanto, que: i) a operação somente foi realizada duas vezes (BB Progressivo e BB Progressivo II); ii) envolveu quantidade insignificante de imóveis em face da totalidade detida pelo banco (no BB Progressivo, foram apenas dois); iii) a integralização de cotas dos fundos com imóveis de uso não se impunha, podendo ser realizada por outros meios; iv) o banco aluga também imóveis de outros fundos de mesma natureza, mas que não foram contemplados com o aporte de imóveis de uso da entidade; v) não houve impacto considerável nos índices apontados nos estudos como justificantes para a*



*adoção da medida (Basileia e Imobilização); vi) a sensibilização desses índices poderia realizar-se de várias formas, que não exclusivamente pelo aporte de imóveis de uso em fundos de investimento imobiliário.*

*39. Em face da exposição, conclui-se que, em razão de os aportes tratados nestes autos estarem no campo de incidência da Lei 8.666/93 e não se conformarem às hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, eles foram realizados em desacordo com o que preconiza o art. 17, I, da referida norma”*

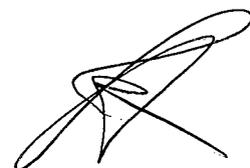
47. Posteriormente, o Banco apresentou justificativas, as quais foram rebatidas pela área técnica do TCU, mediante entendimento que pode ser sumariado no texto adiante reproduzido:

*“6. Sob a ótica dos aportes, destacam-se as efetivas alienações dos imóveis envolvidos, negócios jurídicos estes que, conforme expressa previsão constitucional, deveriam ser realizados somente mediante licitação, ressalvadas as previsões legislativas. Confrontando o caso específico em face da legislação, não se verificou qualquer semelhança com as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade existentes.*

*7. Além disso, não seria razoável nem mesmo criar outras hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, dado que, até em relação às modalidades de licitação, o § 8º do art. 22 da Lei 8.666/93 estabelece que ‘É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo’. Se não se admite mudar detalhes do rito, por expressa previsão legal, quiçá criar novas hipóteses de não aplicação da norma.*

*8. Outrossim, conforme já aduzido em instrução anterior, quando o legislador, em relação a alienações, quis dispensar a licitação, o fez de forma expressa em relação a bens móveis (art. 17, II, ‘e’, da Lei 8.666/93), criando regra própria – e mais rigorosa – para alienação dos imóveis (art. 17, I do mesmo diploma legal), o que faz crer que esses bens mereceram proteção especial.*

*9. Aspecto importante a considerar é que ao se aceitar a tese esposada pela entidade (a de que está dispensada de observar o Estatuto das Licitações, desde que o produto da alienação de imóveis seja aplicado na atividade-fim da empresa,) estar-se-ia esvaziando por completo o alcance*



*do art. 17 da Lei de Licitações no que toca às estatais exploradoras de atividade econômica, pois que, no âmbito de atuação de cada uma delas, podem ser estruturadas operações que, de alguma forma, envolvam a alienação de imóveis de sua propriedade”*

III.7.2 - A ausência de questionamento sobre a economicidade

48. Os órgãos técnicos no TCU não levantaram dúvida sobre a economicidade das operações. Os imóveis foram transferidos para os FII pelo valor da avaliação prévia. Depois, a operação gerou, no seu conjunto, benefícios financeiros muito significativos – eis que a distribuição das cotas no mercado secundário assegurou ganhos que nunca poderiam ser obtidos mediante uma alienação pura e simples.

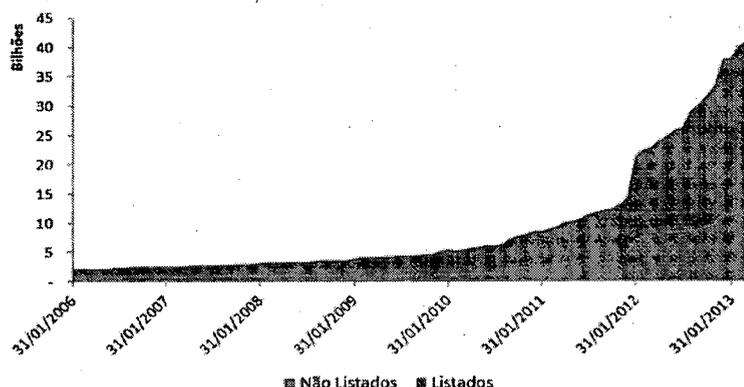
49. Nem poderia ser diversamente. O acerto das opções adotadas pelo banco e do investimento por ele realizado pode ser aferido através dos resultados obtidos pelo produto que lançou. A lucratividade do negócio foi incontroversa.

50. Passados alguns anos, o negócio gerou resultados econômicos expressivos, revertidos para os cofres públicos, para os seus acionistas e para os cotistas do FII. O Consultante informou que os FII por ele originados são um grande sucesso. O BB Progressivo II, lançado em 2012, é o fundo de investimento imobiliário mais pulverizado do mercado, com mais de 45 mil cotistas, além de ser o fundo com melhor valorização de cota no mercado secundário da Bovespa. A demanda foi 10 vezes maior do que o valor de lançamento. Trata-se do maior volume em todos os fundos negociados na Bovespa.

51. Atualmente, os fundos de investimento imobiliário constituem parte integrante da estratégia comercial dos grandes bancos brasileiros. O investimento nesses negócios, além de lucrativo, fornece maleabilidade para os bancos, porque permite a capitalização, por meio da venda de cotas, dos ativos imobilizados antes pertencentes aos próprios bancos ou a terceiros. De outra parte, os investidores no mercado veem esses fundos como opções seguras de investimento. Assim, trata-se de uma modalidade em franca expansão no Brasil,



como se vê no gráfico abaixo, que representa a evolução do patrimônio líquido administrado por esses fundos no país<sup>3</sup>:



52. Além da atração de investidores procurando ganhos seguros, os fundos de investimento imobiliário têm uma particularidade especial: desde o fim de 2005, com a aprovação da Lei nº 11.196/05, que alterou o art. 3º da Lei 11.033/04, há isenção de imposto de renda para pessoas físicas em fundos com mais de 50 cotistas, desde que o fundo tenha suas cotas negociadas em bolsa ou em mercado de balcão organizado e o investidor não tenha mais que 10% das cotas de um mesmo fundo. O impacto foi rápido: de 2005 para 2006, o número de negócios envolvendo cotas de FII cresceu 146,4%.<sup>4</sup>

53. Portanto, a escolha do Banco Consulente não foi equivocada nem representou uma prática irrelevante. Configurou uma alternativa de manutenção e de conquista de clientela, indispensável ao prosseguimento de suas atividades próprias.

#### **IV - As empresas estatais e a extensão do seu dever de licitar**

54. No início do século XX, a atividade administrativa estatal desenvolvia-se mediante entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público.

55. O intervencionismo estatal no domínio econômico, consolidado depois do término da Segunda Guerra Mundial, implicou a aplicação de recursos

<sup>3</sup> Fonte: JOSÉ GUSTAVO MACEDO GUIMARÃES. *Persistência na Performance de Fundos de Investimento Imobiliário Brasileiros entre 2008 e 2012*. Dissertação de mestrado apresentada à Escola de Economia da FGV/RJ. Rio de Janeiro, 2013, p. 18. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11359>. Acesso em 24.9/2015.

<sup>4</sup> JOSÉ GUSTAVO MACEDO GUIMARÃES. *Persistência na Performance de Fundos de Investimento Imobiliário Brasileiros entre 2008 e 2012*, cit., p. 16.

públicos também para o desempenho de atividades econômicas típicas da empresa privada<sup>5</sup>. Esse cenário conduziu ao surgimento das empresas estatais.

#### IV.1 - As entidades administrativas de direito privado

56. O desempenho eficiente e satisfatório de atividades econômicas próprias da iniciativa privada envolvia a utilização de entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Tal se deveu a duas ordens de razões.

##### *IV.1.1 - A inviabilidade da empresa sujeita a regime público*

57. A exploração de atividades empresariais é inviável se adotados mecanismos e o regime tipicamente de direito público. O regime de direito administrativo é compatível com o exercício de funções próprias do Estado. A exploração de atividades econômicas exige soluções mais ágeis e dinâmicas, que são próprias da iniciativa privada<sup>6</sup>. O afastamento do regime de direito público destina-se a permitir que a empresa estatal encontre-se em condição de competir em igualdade de condições com os demais agentes privados. A intervenção do Estado no domínio econômico deve observar o princípio da eficiência, exigindo a obtenção de resultados tão satisfatórios quanto aqueles que uma empresa privada poderia atingir<sup>7</sup>.

##### *IV.1.2 - A preservação da isonomia e da livre concorrência*

58. Sob outro ângulo, a incidência do regime de direito público pode acarretar vantagens indevidas em favor da empresa estatal operando em competição com operadores privados. Isso poderia propiciar condições mais favoráveis no tocante a custos, por exemplo. Isso conduziria à violação da livre concorrência. Admite-se que o Estado intervenha no domínio econômico e

---

<sup>5</sup> Sobre o tema, confira-se: ANTONIO LA SPINA; GIANDOMENICO MAJONE, *Lo Stato Regolatore*, Bologna: Il Mulino, 2000.

<sup>6</sup> CARLOS ARI SUNDFELD e RODRIGO PAGANI DE SOUZA apontam que a criação das estatais revela um processo de *despublicização*, de liberação das amarras burocráticas que geravam ineficiências e dificuldades para operacionalizar a gestão pública. O legislador opta por um *modus operandi* típico das empresas privadas, radicalmente distinto daquele das autarquias (*In: Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. Revista de Direito Administrativo*, v. 245, Rio de Janeiro: Renovar/FGV, 2007, p. 14).

<sup>7</sup> Neste sentido, afirma FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: "Se o Estado tem por necessária a sua atuação (absolutamente excepcional para as atividades econômicas em sentido estrito à luz do princípio da subsidiariedade inerente ao artigo 173 da CF) em competição com particulares, nenhum sentido haverá em manietar-se, impondo-se regras que o tornam um competidor frouxo, pouco agressivo, incapaz de fazer frente à disputa de mercados" (*As Contratações Estratégicas das Estatais que Competem no Mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 582).



estabeleça competição com as demais empresas privadas. Mas não é compatível com a Constituição que a empresa estatal obtenha vantagens diferenciadas.

#### IV.1.3 - A disciplina da Constituição de 1988

59. Justamente por isso, o inc. II do § 1º do art. 173 da CF/88 estabelece que:

*“A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

...

*II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.*

60. E o § 2º do mesmo art. 173 enuncia uma regra destinada a eliminar qualquer incerteza, tal como abaixo reproduzida:

*“As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.*

#### IV.1.4 - A situação de equilíbrio com as empresas privadas

61. A Constituição determina, portanto, que as empresas estatais, atuando em competição com agentes privados, desfrutem de tratamento equivalente. Os princípios fundamentais da Administração Pública devem ser observados, sem que isso implique uma situação de desequilíbrio que gere um de dois efeitos insuportáveis. Nem se pode impor às empresas estatais um tratamento mais privilegiado, nem se lhes pode reconhecer um regime mais oneroso do que o reservado para o setor privado.

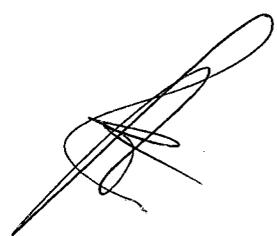
#### IV.2 - Empresas estatais e licitação

62. Um dos temas mais problemáticos relativamente às empresas privadas é o regime jurídico de suas contratações, especialmente no tocante à disciplina das licitações.

#### IV.2.1 - A disciplina constitucional sobre o tema

63. A complexidade da questão conduziu à diferenciação de tratamento no nível constitucional.

#### IV.2.2 - O art. 22, inc. XXVII, da CF/88



64. No seu art. 22, inc. XXVII, a CF/88 estabeleceu uma distinção sobre o tratamento jurídico a ser dispensado às licitações pelas entidades administrativas. O dispositivo tem a seguinte redação:

*“Compete privativamente à União legislar sobre:*

*...*

*XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”* (original sem negrito).

65. A redação constitucional determina, de modo inquestionável, que todas as entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional subordinam-se a normas gerais de licitação e contratação nos termos do art. 37, inc. XXI. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista (e suas subsidiárias) estão sujeitas às regras do art. 173, § 1º, inc. III, da Constituição.

IV.2.3 - O disposto no art. 37, inc. XXI, da CF/88

66. O art. 37, inc. XXI, determina uma regra geral sobre as contratações e licitações. Cabe lembrar a redação do dispositivo, adiante transcrito:

*“... ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.*

IV.2.4 - O disposto no art. 173, § 1º, inc. III, da CF/88

67. Por seu turno, o art. 173, § 1º, inc. III, da CF/88 estabelece o seguinte:

*“§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

*...*



*II - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública* (original sem negrito).

IV.2.5 - *A distinção constitucional de tratamento*

68. Existe, portanto, uma distinção de tratamento no tocante à disciplina das licitações. A Constituição determina que as entidades da Administração direta, autárquica e fundacional estão subordinadas ao regime do art. 37, inc. XXI, enquanto as empresas estatais se sujeitam ao art. 173, § 1º, inc. III.

IV.3 - *A submissão aos "princípios" da Administração Pública*

69. A questão apresenta extrema relevância porque a Constituição consagrou, no art. 37, inc. XXI, uma regra. Mas o art. 173, § 1º, inc. III, impôs que as empresas estatais se subordinem somente aos "princípios da administração pública". Essa previsão constitucional não deve ser ignorada. Mais do que isso, não cabe desnaturar essa determinação constitucional.

IV.3.1 - *Ainda a questão dos "princípios" e das "regras"*

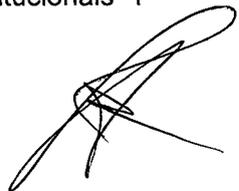
70. Um dos temas mais examinados pelo pensamento jurídico posterior à CF/88 foi a distinção entre "princípio" e "regra". A profusão de estudos sobre a matéria dispensa maior aprofundamento<sup>8</sup>.

71. Em termos muito sumários, reconhece-se que as normas jurídicas se configuram, essencialmente, ou como princípios ou como regras. Os princípios consolidam pautas valorativas e não impõem uma solução precisa e exata. O princípio envolve a compreensão de situações complexas, que devem ser solucionadas à vista de valores. Cabe ao aplicador determinar a solução mais adequada e satisfatória para realizar os valores buscados pelo ordenamento jurídico.

72. Já as regras contemplam uma ordem determinada, impondo uma solução dotada de elevado grau de precisão. Em vista da consumação de uma

---

<sup>8</sup> De modo genérico, a doutrina e a jurisprudência se reportam ao pensamento de DWORKIN e de ALEXY. Sobre o assunto, confira-se DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977. ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Entre nós, merecem referência, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, 15ª. Ed. São Paulo, Malheiros, 2015; e LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.



certa hipótese prevista pela norma, caberá aplicar a determinação predeterminada pelo ordenamento jurídico.

#### IV.3.2 - *A margem de autonomia do aplicador do direito*

73. Um dos aspectos mais marcantes da distinção reside na margem de autonomia do aplicador do direito. A aplicação de um princípio exige a ponderação sobre os valores incidentes no caso concreto. A partir dessa ponderação, caberá determinar a solução jurídica mais satisfatória. Já a aplicação da regra envolve uma atividade de subsunção, que envolve uma atuação muito menos autônoma para o operador jurídico.

74. É evidente que nenhum ramo do direito é integrado somente por princípios ou apenas por regras. O direito é composto tanto por uns como por outras. Assim se passa inclusive com o direito administrativo.

#### IV.4 - A determinação impositiva da Constituição

75. Não é cabível ignorar a determinação constitucional de que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica se submetem apenas aos "princípios" norteadores da atividade administrativa.

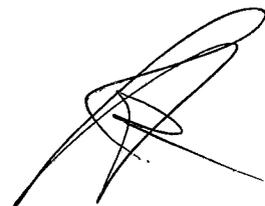
##### IV.4.1 - *A vedação a um regime jurídico uniforme*

76. Em primeiro lugar, a Constituição não estabeleceu que as empresas estatais seriam submetidas precisa e exatamente ao mesmo regime jurídico previsto para a atividade administrativa. Nem poderia assim ter ocorrido. Afinal, a própria Constituição impõe o tratamento jurídico equivalente entre a empresa estatal e o agente econômico privado.

77. Ou seja, a Constituição estabeleceu que as empresas estatais devem ser norteadas à realização dos valores essenciais aplicáveis à atividade administrativa do Estado.

##### IV.5 - O afastamento da incidência da regra do art. 37, inc. XXI

78. Mas o ponto fundamental reside em que a Constituição afastou a aplicação às empresas estatais da **regra** do art. 37, inc. XXI. A determinação genérica e ampla quanto à obrigatoriedade da licitação, contida no referido dispositivo, **não se aplica** às empresas estatais. E não se aplica porque assim foi determinado pela própria Constituição, ao disciplinar a competência legislativa da União.



79. A CF/88 não determinou que empresas estatais estejam subordinadas às mesmas **regras** previstas para a Administração Pública. Ressalvadas as hipóteses em que a Constituição estabeleça em contrário, a empresa estatal se sujeita aos princípios jurídicos próprios da atividade administrativa.

*IV.5.1 - As empresas estatais e os princípios atinentes à licitação*

80. Por decorrência, as empresas estatais devem observar, em suas contratações, os princípios atinentes à licitação. Isso significa buscar a eficiência, respeitar a isonomia, atuar com probidade e respeitar a boa-fé. Mas não implica a incidência de todas as regras previstas para a Administração direta, autárquica e fundacional.

*IV.6 - Ainda a disciplina infraconstitucional sobre as licitações*

81. Não cabe contrapor que a Lei nº 8.666 estabeleceu um regime uniforme para licitações e contratações públicas, deixando de promover uma distinção entre as pessoas dotadas de personalidade de direito público e aquelas de direito privado.

*IV.6.1 - O problema histórico*

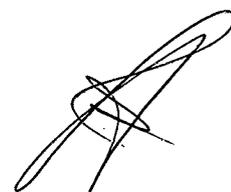
82. Lembre-se que a Lei nº 8.666 foi editada **antes** da alteração da disciplina constitucional acima referida. Os arts. 22, inc. XXVII, e 173, § 1º, inc. III, tiveram a sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

83. Editada a EC nº 19/98, seria relevante a edição de uma lei disciplinando as contratações das empresas estatais. Lamentavelmente, esse diploma nunca foi editado.

*IV.6.2 - A exigência de interpretação conforme*

84. No entanto, a ausência de alteração da Lei nº 8.666 não autoriza que o intérprete ignore a alteração constitucional promovida. Afigura-se irrefutável que a nova disciplina constitucional, introduzida pela EC nº 19/98, exigia a edição de um novo diploma legal. Cabia estabelecer, por meio de uma lei, as regras próprias para as licitações e contratações das empresas estatais. Essa nova disciplina deveria tomar em vista os "princípios" da Administração Pública, mas assegurando a equivalência entre empresas estatais e operadores econômicos privados.

*IV.6.3 - A dinâmica jurídica: a tendência à inconstitucionalidade*



85. A omissão legislativa, mantida ao longo do tempo, não pode implicar a alteração do conteúdo da Constituição. Muito pelo contrário, a dinâmica da existência do ordenamento jurídico vai produzindo a “inconstitucionalização” da situação existente<sup>9</sup>.

86. Assim se passa porque é inquestionável a determinação constitucional no sentido de tratamento diferenciado para as licitações e contratações praticadas pelas empresas estatais. A ausência de observância da determinação constitucional vai-se tornando insuportável com o decurso do tempo.

#### IV.6.4 - *A vedação à superposição da vontade do legislador*

87. Mais precisamente, não é juridicamente defensável que a vontade constitucional seja neutralizada e ignorada por meio da omissão do legislador. Se o legislador infraconstitucional deixou de produzir a lei destinada a dar concretude à determinação constitucional, incumbe ao aplicador do diploma adotar interpretação conforme para a Lei nº 8.666.

88. Ainda que exista um único diploma infraconstitucional, daí não se segue que o direito brasileiro consagre um regime jurídico uniforme para a Administração com personalidade jurídica de direito público e as empresas estatais<sup>10</sup>.

#### IV.7 - *A orientação do próprio TCU*

89. As considerações acima encontram respaldo na própria jurisprudência do TCU. Mesmo ante a ausência de qualquer dispositivo legal infraconstitucional, o TCU consagrou orientação precisa, exata e merecedora de elogios – determinando a diferenciação de tratamento entre as empresas estatais

---

<sup>9</sup> No passado, prevalecia uma concepção estática para a Constituição e para o ordenamento jurídico. Como decorrência, avaliava-se de modo absoluto a compatibilidade ou a incompatibilidade da lei em face da Constituição. Reconhece-se, na atualidade, a natureza dinâmica da ordem jurídica. Isso significa que a evolução dos fatos pode conduzir a que uma disposição ou uma interpretação deixe de ser compatível com a Constituição. Passa-se a admitir que certas soluções se encontram “a caminho” da inconstitucionalidade. Neste sentido, o STF faz referência a normas “ainda constitucionais”, numa importação para a nossa jurisprudência de teoria elaborada pela Corte Constitucional Federal alemã. O primeiro julgamento do STF neste sentido foi o HC 70514, j. 23/03/1994, Rel. Min. Sydney Sanches. Na doutrina, confira-se GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 88 e ss.

<sup>10</sup> Justamente por isso, o signatário adotou, na 16ª edição de seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16. ed., São Paulo: RT, 2014, p. 41-42, a orientação de que a ausência de lei específica não implica a submissão das empresas estatais que atuam em regime de competição com a iniciativa privada ao regime integral da Lei nº 8.666.



exploradoras de atividade econômica e as demais pessoas administrativas. Voltar-se-á a tratar do tema adiante, ao examinar a questão da disciplina jurídica das atividades-fim das empresas estatais.

*IV.8 - O dever de licitar e a sua conformação ao contexto empresarial*

90. Portanto, a exigência de licitação não apresenta extensão e conteúdo idênticos para as entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica de direito público e para as empresas estatais.

*IV.8.1 - A atuação em ambiente competitivo e as suas consequências*

91. Como visto, a adoção de um regime jurídico licitatório único e uniforme compromete a aptidão das empresas para competir com os seus concorrentes privados, que não se submetem ao regime formalista próprio do direito público.

92. A propósito, note-se que o § 2º do art. 173 da Constituição Federal é explícito em vedar às empresas estatais "privilégios fiscais não extensivos ao setor privado". Mas do mesmo modo que não se admitem privilégios às empresas estatais que desequilibrem o jogo concorrencial a seu favor, tampouco podem incidir agravos que desfavoreçam apenas elas.

93. É fato, entretanto, que a incidência ampla e irrestrita da obrigação de licitar comprometeria a competitividade de uma empresa estatal que atue no mercado.<sup>11</sup>

*IV.8.2 - Os efeitos nocivos da demora*

94. A primeira e mais óbvia razão é a de que as especificidades do procedimento licitatório tornam as contratações mais lentas e burocráticas. Se as empresas estatais fossem obrigadas a licitar indiscriminadamente, o dinamismo da sua atuação estaria comprometido e elas estariam em desvantagem frente às empresas privadas que podem contratar de forma simples e direta. A disputa do

---

<sup>11</sup> A questão tornou-se tanto mais relevante a partir da década de 90, com a liberalização de diversos setores da economia e a opção pela manutenção de uma empresa estatal em alguns deles, atuando em ambiente competitivo. Nas palavras de CARLOS ARI SUNDFELD e RODRIGO PAGANI DE SOUZA: "Hoje, talvez, o grande desafio das empresas estatais que queiram sobreviver em contexto de acirramento da competição por mercados é fazer valer a opção legislativa que as originou, qual seja, a de que fossem empresas, e fazer valer a letra da Constituição, que as submeteu às regras condizentes com a sua natureza empresarial. Só assim conseguirão dar conta de seus cometimentos de interesse público" (Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério, cit., p. 22).



mercado requer agilidade incompatível com a dilação da contratação gerada pelos procedimentos licitatórios.

#### IV.8.3 - Os efeitos nocivos da divulgação de informações privilegiadas

95. Mas não é só isso. A obrigação ampla de licitar pode ainda prejudicar as disputas empresariais na medida em que o cumprimento das formalidades do procedimento licitatório comprometa o sigilo necessário à realização eficaz de um determinado negócio. As exigências de publicidade que se vinculam aos procedimentos licitatórios podem resultar na antecipação para os concorrentes da empresa estatal de alguma estratégia empresarial ou oportunidade de negócio que tenha vislumbrado. Pense-se na hipótese de um produto que está sendo gerido de forma sigilosa dentro de uma empresa ou de uma oportunidade de negócio que tenha sido identificada antes de seus concorrentes – e que teriam, então, que ser revelados.

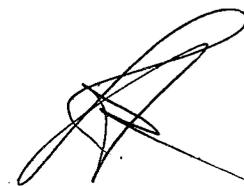
96. Ou seja, as empresas estatais estão sujeitas ao princípio da publicidade, que norteia toda a atividade administrativa. Mas não se aplicam à empresa estatal as **regras** de publicidade inerentes à atividade administrativa estatal. Mais precisamente, a atividade empresarial exige a criatividade na organização dos negócios e o aproveitamento de oportunidades para a atuação com sucesso.

97. Por isso, infringiria a disciplina constitucional que uma empresa estatal fosse constrangida a divulgar segredos comerciais, sofrendo prejuízos e arcando com perdas em favor de seus competidores. Mais precisamente, tal seria inconstitucional especificamente na hipótese em que a divulgação das informações não fosse referida à realização de valores inerentes ao desempenho das funções estatais.

98. Exige-se a transparência e a publicidade relativamente às competências inerentemente estatais. As empresas estatais, naquilo que se referir às atividades empresariais propriamente ditas, estão sujeitas apenas às regras de publicidade aplicáveis genericamente ao setor privado.

#### IV.8.4 - A incompatibilidade entre a licitação e o fim buscado

99. Além disso – e aqui vai uma terceira razão – nem toda contratação necessária ao desempenho das operações de uma empresa estatal pode ser operacionalizada por meio de um procedimento licitatório.



100. Algumas operações complexas que são habitualmente realizadas em mercados sofisticados não podem ser compatibilizadas com o procedimento licitatório. Nesses casos, forçar a licitação implica a inviabilização do atingimento do resultado pretendido, porque tolhe a criatividade e a amplitude do espectro de estratégias empresariais.

*IV.9 - A importância da atenção às características do negócio pretendido*

101. Algumas transações promovidas por empresas estatais são incompatíveis com o procedimento licitatório e não poderiam ser realizadas através dele.

*IV.9.1 - A margem de autonomia para definir estratégias empresariais*

102. Cabe às empresas estatais uma competência discricionária – senão uma margem de autonomia empresarial – para identificar as necessidades que enfrenta no âmbito de sua organização material, bem como as oportunidades que se lhe apresentam no contexto da atividade que desempenha, para adotar as estratégias empresariais que julgar mais adequadas e satisfatórias.

103. Somente as próprias empresas estatais, na gestão contínua e permanente de suas atividades, podem avaliar a extensão de tais problemas e de tais oportunidades.

*IV.9.2 - Autonomia empresarial: não caracterização de “discricionariade”*

104. Nem cabe enquadrar essa margem de autonomia no conceito de competência discricionária.

105. A decisão exercitada nos quadros de uma gestão empresarial subordina-se muito mais à própria noção de eficiência econômica em sentido estrito. Ou seja, trata-se de organizar os meios de produção e os recursos geridos do modo mais eficiente possível para assegurar o desempenho mais satisfatório do objeto das atividades.

106. O desenho específico da operação pretendida pela empresa estatal cabe a ela própria, no exercício da autonomia que detém para a melhor condução de seus negócios.

107. Ao dar autonomia funcional aos administradores das empresas públicas e das sociedades de economia mista, o legislador lhes confere ampla competência para organizar as suas atividades. Dá-lhe, assim, a liberdade para traçar os meios pelos quais atenderiam ao seu objeto social. Logo, a decisão



gerencial de como realizar certas contratações necessárias cabe inteiramente ao administrador da estatal.

IV.9.3 - *O dever de opção pela solução economicamente mais eficiente*

108. A escolha do modelo negocial precede a decisão sobre a realização da licitação. Não há fundamento jurídico para adotar o caminho inverso: conceber primeiro a obrigação de licitar e em seguida cogitar quais seriam as ações empresariais possíveis diante desta constrição.

109. Submeter a decisão da solução mais eficiente ao dever de licitar levaria ao malogro das empresas estatais, na medida em que limitaria decisivamente o seu espectro de ação. Levado ao extremo, este raciocínio conduziria à conclusão de que uma empresa estatal jamais poderia constituir subsidiárias por meio da integralização de qualquer bem que não dinheiro, porque haveria a opção alternativa de realizar a licitação para alienar os mesmos bens para quem pagasse melhor. Claramente se trataria de uma intromissão indevida na decisão gerencial da estatal – cabe a ela própria decidir qual é a melhor forma de atingir os fins que a criaram.

IV.10 - *Síntese*

110. A determinação do regime jurídico aplicável às empresas estatais ainda se encontra em processo de construção. A atuação satisfatória das empresas estatais depende da observância dos princípios da Administração Pública e das demais normas incidentes sobre as empresas privadas. O procedimento formal da licitação não é a única solução para assegurar a observância dos princípios norteadores da atividade administrativa do Estado<sup>12</sup>.

111. Em muitas hipóteses, a realização de procedimento licitatório impediria a obtenção das finalidades compulsoriamente impostas à empresa estatal, inviabilizando a sua capacidade de competir com os seus concorrentes privados.

---

<sup>12</sup> Alguém poderia trazer à tona, nesse ponto, os desvios verificados em empresas estatais, apontados no âmbito da chamada "Operação Lava Jato". A matéria é impertinente e não cabe ser analisada no presente parecer. Pode-se afirmar, no entanto, que seria um simplismo muito grande afirmar que as violações verificadas no âmbito da Petrobras teriam decorrido simplesmente da ausência de aplicação do regime da Lei nº 8.666/93. A questão é muito mais complexa do que isso e se relaciona igualmente com a ausência de observância dos procedimentos de governança corporativa. Houve violação não apenas aos princípios da atividade administrativa, mas também e principalmente daqueles que regulam a própria atividade empresarial.



**V - A ausência de obrigatoriedade de licitar**

112. A disciplina constitucional implica, portanto, a ausência de obrigatoriedade de observância de licitação em toda e qualquer situação relativamente às empresas estatais. É necessário reconhecer que há hipóteses em que a empresa estatal está autorizada a contratar diretamente, sem incidir o dever da prévia licitação.

**V.1 - O critério da "atividade-fim"**

113. De acordo com um dos critérios mais difundidos, as empresas estatais só devem promover procedimento licitatório para a realização de contratações relativas às suas "atividades-meio". As atividades inerentes à realização de seu objeto social ("atividade-fim") não estariam subordinadas ao dever de licitar.

**V.1.1 - A distinção entre as hipóteses**

114. Segundo essa concepção, seria cabível diferenciar as atividades desenvolvidas por uma entidade qualquer em atividades-meio e atividades-fim. É evidente que a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim depende sempre do objeto social da entidade.

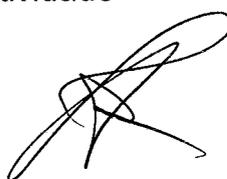
115. As atividades-meio não têm por conteúdo a satisfação da função própria, do fim específico, da necessidade diferenciada que justifica a existência da entidade. Não se enquadra no seu objeto próprio de atuação.

116. Já as atividades-meio são aquelas que se constituem em um instrumento para o desempenho das atividades-fim. Permite que a entidade obtenha recursos ou se aparelhe para o desempenho de suas atividades últimas.

117. Assim, por exemplo, costuma-se afirmar que a construção do edifício-sede não se configura como atividade-fim de uma empresa estatal. Assim se passa porque essa atividade não está contida no objeto empresarial propriamente dito da entidade. O mesmo se passa com os serviços de limpeza e vigilância, relacionados com a manutenção e a preservação do patrimônio.

**V.1.2 - A ausência de obrigatoriedade quanto a atividades-fim**

118. Tal entendimento se pauta na ideia de que não faria sentido exigir que a empresa estatal, a qual deveria gozar de igualdade de condições para competir com as demais empresas do setor que integra, seja impedida de adotar um procedimento semelhante ao das concorrentes no que toca à sua atividade-



fim. Afinal, a razão pela qual o legislador decidiu pela criação de uma empresa estatal foi justamente fazer com que a dita atividade-fim fosse realizada de modo a atender ao interesse público que deu origem à sua criação, o que só poderá ser satisfeito se houver flexibilidade na atuação empresarial.

119. Assim, imagine-se impor a uma distribuidora de combustíveis, controlada pelo Estado, o dever de realizar licitação para “alienar combustível”. A venda de combustíveis é o núcleo da atuação dessa empresa estatal. Subordinar essa contratação a uma prévia licitação corresponderia a impedir a atuação empresarial no mercado.

A distinção foi consagrada na doutrina<sup>13</sup> e encampada em decisões do Tribunal de Contas da União, tal como se evidencia do texto do Acórdão nº 121/1998 (Plenário, rel. Min. Iram Saraiva). Examinou-se, naquela oportunidade, a contratação de transporte de combustíveis líquidos pela Petrobras Distribuidora S.A. Concluiu-se no sentido de ser cabível a *“contratação direta de bens, serviços e produtos atinentes à atividade-fim da BR, ou seja, aqueles decorrentes de procedimentos usuais de mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal...”*.

120. Na conclusão, o TCU asseverou o seguinte:

*“(...) em confronto com o disposto no artigo 173 da CF/88 (...) o Artigo 37 apenas estabelece uma regra geral, que não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição, ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação”*.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> V., por todos, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: *“Entretanto, será forçoso reconhecer que em inúmeros casos a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade”* (Curso de direito administrativo. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 555).

<sup>14</sup> Cf. ainda o Acórdão nº 624/2003, Plenário, segundo o qual *“exigir do Banco do Brasil - nas condições postas de estar atuando em um mercado concorrencial, sob o jugo do princípio da*



121. O fundamental reside em que a decisão reconheceu a possibilidade de contratação direta nas hipóteses de mecanismos de mercado incompatíveis com a licitação, demandando rapidez e informalidade para o êxito empresarial. A submissão dessas contratações a licitação acarretaria a inferioridade da entidade administrativa perante competidores no mercado. Passaria a ter preços mais elevados e perderia a clientela. Não poderia aproveitar vantagens disponíveis no âmbito empresarial, eis que a contratação não seria realizada segundo os mesmos procedimentos característicos da atividade mercantil.

*V.2 - A dificuldade da distinção*

122. Mas o entendimento acima não afasta muitas dificuldades, especialmente em vista da dificuldade de diferenciar os conceitos de atividade-fim e de atividade-meio.

*V.2.1 - O vínculo com o objeto empresarial principal*

123. A diferença entre atividade-fim e atividade-meio está na vinculação do contrato com o objeto cujo desenvolvimento constitui a razão de ser da entidade. A atividade-fim é aquela para a qual se vocaciona a sociedade de economia mista ou empresa pública. Considera-se todo o restante como atividade-meio.

*V.2.2 - A natureza formal do critério*

124. Como todo critério formal, o da "atividade-fim" é relevante por permitir uma simplificação operacional. Para o aplicador do Direito, é útil contar com um parâmetro objetivo e simples. A ideia de "atividade-fim" pretende ser uma forma fácil de identificar situações em que a submissão da contratação à licitação poderia prejudicar a competitividade da empresa pública no mercado em que atua – e em que a licitação seria, então, inexigível.

125. Intuitivamente, quando se trate de realizar as próprias atividades para as quais foram concebidas, as empresas deveriam atuar com o máximo

---

*eficiência - a realização de licitação para contratar seguro de penhor rural nas operações de financiamento rural iria de encontro às próprias deliberações desta Corte em que foram excepcionadas da incidência da Lei nº 8.666/1993 aquelas operações incluídas nas atividades finalísticas das empresas. Nos termos já decididos, até que seja editada a norma legal de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as estatais deverão observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seu próprio regulamento, podendo utilizar-se da situação de inexigibilidade quando da contratação de serviços que constituam sua atividade-fim" (Acórdão nº 624/2003, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira).*



possível de dinamismo e agilidade, de modo a aproximarem-se da dinâmica empresarial.

V.3 - A insuficiência da distinção

126. Ocorre que a distinção entre os conceitos de “atividade-meio” e de “atividade-fim” é juridicamente problemática. A sua utilização sempre envolve disputas e controvérsias. Assim se passa porque a distinção envolve uma abordagem muito simplista da realidade. O aprofundamento da análise jurídica ou econômica tende a tornar inviável a diferenciação.

V.3.1 - O vínculo indireto à atividade-fim

127. Nem sempre é simples a diferenciação. Afinal, inúmeras contratações se referem *indiretamente* à atividade-fim. Assim se passa porque, em última análise, todas as atividades desempenhadas por uma empresa são relacionadas ao fim por ela buscado.

128. Nesse sentido, por exemplo, imagine-se uma empresa estatal cujo objeto seja a produção e a comercialização de medicamentos. Seria muito problemático afirmar que a construção de uma planta industrial dotada de especificidades diferenciadas se constituiria numa atividade-meio. Em muitos casos, a viabilidade empresarial depende da existência de uma infraestrutura diferenciada e apropriada.

129. De modo similar, pode-se apontar a aquisição de insumos para a produção de medicamentos ou para a fabricação de certos produtos essenciais à atividade-fim.

V.3.2 - A existência de situações complexas

130. Por outro lado, o critério da atividade-fim não permite precisão absoluta. É uma solução aproximativa, que apresenta pouca valia no caso de situações mais complexas, que escapem do usual.

131. É possível, afinal, que, em casos específicos, algumas contratações de meio precisem ser realizadas de forma expedita e destituída de formalidades, sob pena de comprometer os negócios da empresa em questão e a sua competitividade no mercado, diante de agentes privados.

V.3.3 - A eventual inviabilidade da licitação para atividades-fim

132. Mais do que isso, há uma pluralidade de atividades-fim que não são compatíveis com a realização de licitação. Lembre-se o exemplo da BR



Distribuidora, que não necessita realizar licitação para abastecer seus veículos de uso meramente administrativo.

V.4 - A questão de fundo

133. O problema do critério adotado reside em que acarreta uma disputa sobre a “natureza” da atividade, não sobre as circunstâncias e características da situação envolvida. É perfeitamente imaginável que alguma atividade-fim possa ser submetida a procedimento formal de natureza licitatória destinado a selecionar a proposta mais satisfatória.

134. Por outro lado, também pode ocorrer que alguma atividade-meio, numa determinada situação de mercado, torne-se inviável de ser submetida a um procedimento licitatório formal.

135. Ou seja, o critério da vinculação à atividade-fim apresenta a vantagem da simplificação da análise. Mas, precisamente por isso, não é satisfatório para resolver situações dotadas de maior complexidade.

V.5 - O critério do “óbice intransponível à atividade negocial”

136. A necessidade de adotar soluções mais compatíveis com a natureza e as circunstâncias da atividade empresarial conduziram à utilização de outro critério de avaliação. Trata-se de admitir a ausência de licitação nas hipóteses em que se verifique um “óbice intransponível à atividade negocial”.

V.5.1 - O precedente do TCU

137. O tema foi levantado pelo próprio TCU, em diversas manifestações. Nesse sentido, pode-se transcrever a seguinte passagem do Acórdão 624/2003, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira:

*“... julgo que o só fato de tratar-se de atividade-fim não afasta, de pronto, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Isso só ocorre quando se verificar, no caso concreto, que os trâmites inerentes a esse procedimento constituem óbice intransponível à atividade negocial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência. Esse foi o entendimento que norteou o Voto Revisor, por mim apresentado no TC 008.232/1999-7 (relatado pelo eminente Ministro Ubiratan Aguiar), no qual se examina a regularidade dos termos da licitação realizada pela Petrobrás para contratação de serviços de afretamento de unidades flutuantes de perfuração semi-submersíveis. Não há dúvidas de que os contratos daí*



*resultantes encontram-se umbilicalmente ligados à atividade-fim da Petrobrás: exploração de petróleo. Mas, nem por isso, deixou a empresa de realizar processo licitatório, como, aliás, vem realizando há anos. Não se aventa, naqueles autos, seja pela empresa, seja pelo Relator, seja pelo Revisor, a juridicidade da exigência da aplicação das normas de licitação à atividade-fim, mas tão-somente a adequação das exigências contidas no Edital à Lei nº 8.666/93.*

*Dessa forma, a jurisprudência deste Tribunal sobre a não incidência das normas de licitação à atividade-fim das empresas estatais (como na hipótese do Acórdão nº 121/1998 – Plenário, no qual foi dado provimento parcial a Pedido de Reexame interposto contra a aplicação multa de membros da Diretoria Executiva da BR Distribuidora por não realização de licitação para contratação de serviços de transportes) deve ser aplicada de forma cautelosa, porque constitui premissa lógica dessas decisões, ainda que não mencionada expressamente, a existência de óbices intransponíveis para a realização das atividades negociais, em função do procedimento licitatório.*

*Assim sendo, sempre que a realização de licitação não trazer prejuízos à consecução dos objetivos da entidade, por não afetar a agilidade requerida para sua atuação eficiente no mercado concorrencial, remanesce a obrigatoriedade da licitação”<sup>15</sup>.*

#### V.5.2 - O entendimento a ser adotado

138. A orientação deve ser interpretada em termos. O “óbice intransponível” não pode ser configurado como um obstáculo absolutamente insuperável – o que reconduziria o tema à dimensão da força maior. Deve-se examinar a natureza da atividade desempenhada pela empresa estatal para determinar se a licitação implicaria comprometimento do desempenho de suas atividades.

139. Basta considerar que não existe um “óbice insuperável” – se a expressão for utilizada numa acepção absoluta – a que a BR Distribuidora realize licitação para comercializar os seus produtos. O problema é que a licitação implicaria a desnaturação da atividade e criaria situação de desequilíbrio para a

<sup>15</sup> No mesmo sentido, confira-se: TCU, Acórdão nº 1.854/2009, 2.ª C., rel. Min. Raimundo Carreiro.



empresa estatal relativamente aos potenciais competidores (nos casos em que a atuação ocorresse em situação de competição).

V.5.3 - *As implicações do entendimento*

140. Observe-se que a orientação apresenta implicações inafastáveis. A exigência do requisito do óbice intransponível ao desenvolvimento das atividades empresariais deve ser avaliada relativamente a toda e qualquer contratação. Não é cabível afirmar que tal se passaria relativamente apenas às atividades-fim. A exigência decorre de que o critério adotado não se vincula propriamente ao enquadramento da atividade, mas às circunstâncias que a circundam.

V.5.4 - *O aprofundamento do entendimento*

141. A orientação acima referida busca identificar uma necessidade essencial no caso de empresas estatais: o comprometimento de sua capacidade de atuar competitivamente no mercado.<sup>16</sup>

142. A fórmula redacional “óbice intransponível à atividade comercial da empresa estatal”, no entanto, precisa ser esmiuçada. Em particular, é preciso examinar quais os óbices que a realização do procedimento licitatório pode erigir para a atividade comercial da empresa estatal.

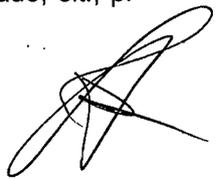
143. Isso poderá ocorrer em função da lentidão das contratações realizadas através de procedimento licitatório, mas também por outras razões, como o fato já citado de que a publicidade exigida dos atos do procedimento licitatório pode revelar aos concorrentes da empresa estatal a sua estratégia comercial e, assim, prejudicar a sua competitividade.

144. Portanto, o fundamental para que fique configurado o “óbice à atividade comercial” é que a promoção do procedimento licitatório prejudique o sucesso da atuação da empresa estatal no mercado em que atua.

145. Trata-se de avaliação que se fará à luz das (i) circunstâncias específicas deste mercado particular, mas também (ii) em função das peculiaridades do negócio pretendido pela empresa em questão. Se a realização de um procedimento licitatório causar desvantagens competitivas ou impedir a

---

<sup>16</sup> Neste mesmo sentido, CARLOS ARI SUNDFELD e RODRIGO PAGANI DE SOUZA. *Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério*, cit., p. 23; FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO. *As Contratações Estratégicas das Estatais que Competem no Mercado*, cit., p. 581.



efetivação de um negócio pretendido pela empresa estatal, a obrigação de licitar estará excluída.

146. Note-se que, ao superar um critério formal por um parâmetro mais subjetivo e realista, o TCU naturalmente torna mais complexa a aplicabilidade do direito e a tarefa do intérprete. Mas este ganho de complexidade se faz em benefício de soluções mais bem adaptadas à realidade das coisas. É, por isso mesmo, digno de elogios.

#### V.5.5 - A orientação adotada

147. O signatário deste parecer já há muito sustentava posição semelhante.

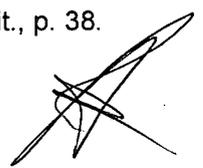
*“A questão não se refere à configuração de uma contratação como relacionada à atividade-fim ou à atividade-meio. O relevante reside na existência de competição entre a empresa e outros agentes econômicos. Quando o Estado se dispuser a atuar no mercado, deverá submeter-se a exigências próprias e características do setor. Um dos pontos fundamentais da organização empresarial, indispensável à obtenção do sucesso econômico, reside na autonomia para organização dos fatores da produção. Essa autonomia pode exigir, em alguns casos, a adoção de práticas informais para seleção da melhor alternativa. Na maior parte dos casos, isso ocorre com as atividades-fim, mas isso não pode ser estabelecido como regra absoluta. Pode haver atividades-fim que comportam contratação mediante prévia licitação, tanto como pode existir atividade-meio que exija solução imediata e destituída de formalidade. A ausência de licitação derivará, então, da impossibilidade de obter sucesso na atividade empresarial se for aplicada a licitação, eis que isso eliminará margens de autonomia indispensáveis e inerentes à atuação no mercado.”<sup>17</sup>.*

#### V.5.6 - Síntese sobre a questão

148. Em definitivo, portanto, a natureza empresarial das empresas estatais deve ser levada a sério e isso implica adaptar a obrigatoriedade de licitar para as suas circunstâncias. Uma empresa estatal poderá realizar uma contratação direta, sem licitação, *sempre e quando* a promoção do procedimento

---

<sup>17</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 38.



licitatório comprometa a sua competitividade no mercado em que atua e a realização do negócio específico por ela pretendido.

**VI - O caso concreto: a configuração como atividade-fim**

149. A operação financeira realizada sem licitação pelo consulente enquadrou-se no seu objeto, constituindo-se numa manifestação de sua atividade-fim.

**VI.1 - A previsão do estatuto do consulente**

150. De acordo com o art. 5º, III, do Estatuto do Banco do Brasil à época da constituição do primeiro FII, “o Banco, na consecução do seu objeto social, poderá exercer quaisquer atividades negociais facultadas às instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional”.

**VI.2 - A “alienação” como meio para realizar o fim**

151. Não é cabível, por isso, deixar de considerar que o Banco promoveu uma operação complexa, que compreendeu a alienação de imóveis, mas não se restringiu a isso.

**VI.2.1 - O investimento em FII**

152. A alienação dos imóveis se constitui numa etapa da operação de investimento em FII. Por meio da aquisição das cotas do FII, o Banco do Brasil promoveu uma operação financeira. O investimento consistiu em promover a distribuição no mercado secundário das cotas adquiridas, obtendo margem de lucro pela diferença entre o valor desembolsado e aquele obtido.

**VI.2.2 - A hipótese de pagamento em dinheiro**

153. Não haveria qualquer dúvida sobre a natureza financeira da operação se o Banco tivesse liquidado as cotas mediante pagamento em dinheiro. Em tal hipótese, o Banco teria aplicado valores de seu ativo para adquirir produtos financeiros destinados a posterior comercialização em face de clientes.

154. O modo de liquidar as obrigações – entregando bens imóveis, ao invés de pagando em dinheiro – não altera a natureza da operação.

155. O pagamento em dinheiro pelas cotas (se tivesse ocorrido) não poderia ser examinado de modo isolado. Seria sempre considerado como parte de uma negociação complexa, cuja configuração como investimento não seria questionável.

**VI.3 - A amplitude do conceito de atividade-fim**



156. A questão não pode ser examinada de modo simplista, resolvendo-se com a simples afirmativa de que a alienação de imóvel não se constitui em atividade-fim de uma instituição bancária.

*VI.3.1 - A ausência de uma alienação pura e simples*

157. É relevante assinalar que o Banco não promoveu a pura e simples alienação de seus imóveis. Ocorreu a entrega de bens imóveis para liquidar obrigações de valor pecuniário assumidas pela instituição.

*VI.3.2 - Ainda a ausência de operação de "venda"*

158. A alienação dos imóveis não configurou uma operação de "venda". Não houve a transferência do domínio como contrapartida do recebimento de um preço pago em dinheiro. O Banco se valeu de bens existentes em seu patrimônio, distintos de moeda, para liquidar a obrigação pela compra de cotas de FII.

*VI.3.3 - A acessoriedade da alienação*

159. Ou seja, a alienação foi um negócio jurídico acessório, sem existência autônoma. O negócio jurídico principal foi o investimento em FII, uma operação tipicamente financeira e que se enquadrava no objeto social do Banco.

*VI.3.4 - Ainda a regra geral: o acessório segue o principal*

160. Portanto, incide sobre o caso a regra jurídica fundamental, de que o acessório segue o principal. A alienação dos imóveis, no caso concreto, sujeita-se ao regime jurídico do negócio principal. Trata-se de uma atividade-fim porque foi englobada numa operação financeira, que se enquadrava inquestionavelmente no âmbito dos negócios bancários.

*VI.4 - A preservação dos recursos financeiros*

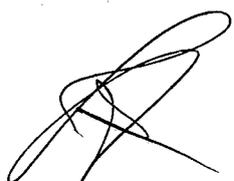
161. A questão apresenta maior relevo porque essa solução permitiu ao Consulente preservar os seus recursos financeiros. Ao invés de adiantar valores monetários para adquirir as cotas e aperfeiçoar o investimento, o Banco se utilizou de outros bens de que era titular.

162. Como decorrência, o Banco obteve grande vantagem na exploração de sua atividade empresarial.

*VI.5 - Ainda a impropriedade de argumentos secundários*

163. Há vários argumentos secundários contrários à operação, que não comportam invocação.

*VI.5.1 - A atuação esporádica*



164. Nas manifestações do órgão técnico, consta argumento de que não existiria atividade-fim porque ocorreram operações esporádicas. Ao que se infere, sugere-se que as atividades-fim são desenvolvidas de modo contínuo e permanente. Logo, a ausência de continuidade numa certa espécie de operação evidenciaria não se configurar uma atividade-fim.

165. Com o devido respeito, essa argumentação não procede. A qualificação da atividade como “fim” ou como “meio” não se relaciona à sua repetição. Basta um exemplo: é inquestionável que os serviços de limpeza e vigilância configuram atividades-meio. No entanto, ambos são objeto de contratação permanente e contínua.

166. Enquadra-se no objeto societário de um banco realizar investimentos. Todo e qualquer investimento é uma atividade-fim de uma instituição bancária. Daí não se segue que um banco tenha de praticar, de modo contínuo e reiterado, todo o tipo de investimentos imagináveis. Suponha-se uma operação complexa, que envolva a negociação conjugada de valores mobiliários. Admita-se que um banco realize por uma única vez, ao longo de uma década, operação dessa ordem. Isso não autorizaria negar tratar-se de uma atividade-fim.

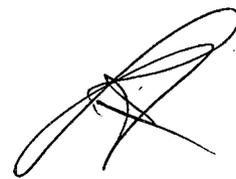
167. No caso concreto, o Banco do Brasil promoveu duas grandes operações com FII, ao longo de mais de dez anos. Isso não desqualifica que tais operações sejam enquadradas como atividade-fim.

168. A escolha empresarial de realizar o pagamento das cotas mediante a entrega de bens imóveis não afeta a configuração de atividades próprias do Banco. Aliás, assim se passou precisamente porque o Banco não se dedicou à atividade de venda do seu patrimônio como operação autônoma.

#### VI.5.2 - O esvaziamento da exigência de licitação

169. Em outra passagem, a manifestação do órgão técnico afirma que o acolhimento da tese do Banco resultaria no esvaziamento do dever de licitar para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Essa interpretação se afigura excessiva, com o devido respeito.

170. O caso concreto não envolve discussão sobre a desnecessidade de licitação para alienação de imóveis de toda e qualquer empresa estatal exploradora de atividade econômica. Não se relaciona, portanto, com a conclusão de que a alienação de imóveis configuraria atividade-fim das empresas estatais. O



que se defendeu foi que, no contexto da instituição bancária, era cabível configurar como atividade-fim a utilização de bem imóvel para liquidar obrigação decorrente de operação de investimento.

171. Nesse cenário, o Consulente não promoveu uma atuação generalizada e ilimitada de alienação de seus bens imóveis. Tal como o próprio órgão técnico do TCU reconheceu, houve atuações esporádicas, que ocorreram no bojo de negócios jurídicos tipicamente bancários.

#### VI.5.3 - A questão da desnecessidade ou da solução de alienação

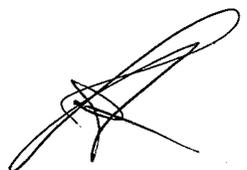
172. Outro argumento utilizado foi o da desnecessidade da alienação, inclusive em virtude dos efeitos relativamente irrelevantes no tocante ao cumprimento das regras do Acordo da Basileia.

173. Essa questão também é impertinente. Existia a necessidade de reduzir a imobilização do patrimônio. Mas não existe um nexo de causalidade jurídica entre o cumprimento das regras do Acordo da Basileia e a ausência de licitação. São questões desconectadas entre si.

174. Como foi reconhecido, o Banco do Brasil poderia ter adotado diversas soluções para reduzir o nível de imobilização de seu patrimônio. O ponto principal reside em que, em princípio, a escolha realizada por ele não era suscetível de reprovação externa. Assim, suponha-se que a instituição tivesse optado pela pura e simples alienação mediante licitação. Essa solução não poderia ser contestada sob o argumento de ser menos adequada.

175. O Consulente optou por outra solução. Cabe avaliar se essa solução era juridicamente cabível. E o era: não existe vedação a que o Banco do Brasil transfira bens para um FII. O problema discutido se relaciona com a obrigatoriedade ou não da licitação.

176. Portanto, o cumprimento do Acordo da Basileia e das regras regulatórias da atividade bancária não foi (e nem poderia ser) o fundamento jurídico da ausência de licitação. Essas questões foram tomadas em vista na decisão empresarial, mas não se constituíram no motivo da contratação sem licitação. Logo e com todo o respeito, não há pertinência em questionar a validade da contratação sem licitação em virtude de aspectos relacionados ao Acordo da Basileia.



177. O que se discute é a existência de uma operação financeira complexa, em cujo contexto não era necessária a licitação.

*VI.5.4 - O argumento da alienação do imóvel e aplicação dos recursos*

178. Outro argumento similar, igualmente improcedente, é aquele de que o Banco poderia ter optado por alienar os imóveis mediante licitação e aplicar o produto obtido na compra das cotas do FII.

179. O pagamento das cotas por meio da entrega dos bens imóveis constituiu-se numa solução juridicamente válida. O Banco dispunha da faculdade de optar por diversas soluções negociais distintas, todas igualmente válidas.

180. O problema fundamental reside em que a realização de licitações autônomas para a alienação dos imóveis implicava uma série de dificuldades adicionais – especialmente em matéria de tempo. Para ser mais preciso, a solução de promover a venda isolada dos imóveis se constituía em obstáculo insuperável ao desenvolvimento das atividades empresariais do Banco.

**VII - O caso concreto: o óbice intransponível à atividade negocial**

181. Admitindo-se que o critério da atividade-fim não seria satisfatório (inclusive do ponto de vista teórico), não era obrigatório o procedimento licitatório porque a licitação constituía óbice intransponível à atividade negocial pretendida pelo Consulente.

**VII.1 - A oportunidade para colocação do investimento no mercado**

182. É inquestionável que a oferta ao mercado de investimento em fundo de investimento imobiliário se constituía numa atividade-fim do Consulente. Mas o sucesso dessa solução dependia das circunstâncias e do aproveitamento de oportunidades.

**VII.1.1 - A relevância da identificação do momento oportuno**

183. Em relação aos potenciais investidores, existe uma enorme dose de fungibilidade entre as diversas alternativas para aplicação de seus recursos. Um dos fatores essenciais para o sucesso de uma oferta de investimento se relaciona com a questão do tempo.

184. Em muitos casos, o êxito decorre da apresentação ao mercado de uma oportunidade de investimento num exato e específico momento. O decurso do tempo – ainda de alguns meses – pode implicar uma radical alteração das



circunstâncias. Aquilo que poderia ter tido sucesso se implementado num certo momento acabará sendo um fracasso se implementado meses depois.

VII.1.2 - *O caso concreto: a inviabilidade da espera*

185. Isso significa que a natureza da atividade financeira é incompatível com a demora. Se o Banco tivesse de aguardar o decurso de alguns meses, existia sério risco de inviabilização do negócio. Os potenciais investidores não mais teriam interesse ou já teriam aplicado seus recursos em outras oportunidades.

VII.1.3 - *A característica específica da atividade financeira*

186. Anote-se que não se trata, nesse ponto, de reconduzir a hipótese à previsão do art. 24, inc. IV, da Lei de Licitações. O caso concreto não configura uma situação emergencial, o que poderia justificar contratações com dispensa de licitação.

187. A questão analisada se relaciona especificamente com a atividade-fim (objeto) de uma instituição financeira. A impossibilidade de realizar um negócio imediatamente e as formalidades inerentes a uma licitação configuram-se como um obstáculo intransponível ao sucesso da atividade empresarial.

188. Se o Banco tiver de realizar uma licitação e aguardar vários meses para lançar no mercado uma oportunidade de investimento, estará ele condenado ao fracasso.

VII.2 - O custo de oportunidade: a alocação de recursos financeiros

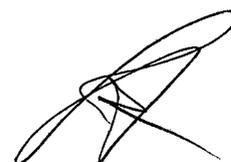
189. O segundo aspecto é que o valor dos imóveis em questão superava um bilhão de reais. Portanto, a alternativa à entrega dos imóveis para liquidar o preço das cotas era desembolsar um bilhão de reais<sup>18</sup>.

VII.2.1 - *O objeto empresarial do Banco*

190. A moeda em espécie é objeto essencial para as atividades de um banco. Por isso, a alocação de valores em moeda implica um enorme custo de oportunidade.

---

<sup>18</sup> O signatário não ignora que o valor de um bilhão de reais se refere ao conjunto dos diversos imóveis, que foram transferidos em duas operações distintas, realizadas ao longo do tempo. O tratamento uniforme de todas essas operações não é um equívoco quanto aos fatos, mas decorre de que o raciocínio aplicável não é afetado. Qualquer que tenha sido o valor monetário nas operações realizadas, refletia sempre o mesmo problema do custo de oportunidade.



191. Dito de outro modo, há uma pluralidade de opções de negócio financeiros para alocar um bilhão de reais. A escolha de uma determinada opção implica a impossibilidade de sua utilização para outros fins. Portanto, é perfeitamente possível que uma escolha determinada implique a impossibilidade de obtenção das vantagens que seriam propiciadas por outra alocação.

VII.2.2 - *O caso concreto: a ausência de alocação da moeda*

192. No caso concreto, a solução de entrega dos imóveis permitiu que o Consulente realizasse uma operação financeira extremamente vantajosa **sem** a necessidade de alocar os valores pecuniários correspondentes.

193. O montante aproximado de um bilhão de reais, que teria de ser aplicado pelo Banco para tornar-se titular das cotas, deixou de ser necessário, pois esses recursos foram utilizados para realizar outras operações.

VII.2.3 - *O óbice intransponível ao sucesso empresarial*

194. Ou seja, adotar outra solução teria conduzido a que o Banco limitasse a sua atuação empresarial. Isso implicaria a inviabilidade da exploração de seus recursos financeiros – que se constitui no insumo essencial para o desenvolvimento da atividade bancária.

VII.3 - *A incerteza dos resultados de licitação para venda de imóveis*

195. Por outro lado, a realização da licitação implicaria uma elevada dose de incerteza quanto ao resultado.

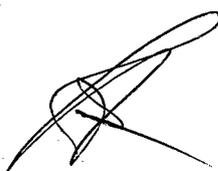
VII.3.1 - *Atividade empresarial e segurança*

196. A segurança e a previsibilidade são valores essenciais para a existência individual e social. No entanto, apresentam uma especial relevância no tocante à atividade empresarial. Assim se passa porque todas as operações empresariais refletem estimativas realizadas quanto ao futuro, o que determina decisões de conteúdo econômico para o presente.

197. Por isso, a elevação da incerteza quanto ao futuro acarreta a elevação dos custos e a redução dos resultados. Os economistas cunharam a expressão “custos de transação” para aludir aos efeitos econômicos relacionados com a insegurança<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> O primeiro grande teorizador do tema foi Ronald COASE (*The firm, the market and the law*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1988), que recebeu o Prêmio Nobel da Economia de 1991 por tais estudos.



198. Lembre-se que a elevação dos custos de transação acima de um certo patamar acarreta a inviabilização da atividade comercial. O risco de ocorrência de eventos danosos implica a cessação de uma atividade ou a opção por outros investimentos.

#### VII.3.2 - *Os percalços de uma licitação*

199. Não seria exagerado afirmar que se sabe como se inicia uma licitação, mas não se sabe como (nem se) ela terminará. A realização de licitações envolve uma pluralidade de circunstâncias, muitas delas insuscetíveis de controle por parte da Administração.

200. Isso significa que a licitação para alienação de bens poderia envolver uma pluralidade de variáveis. É problemático estimar o prazo necessário à conclusão de uma licitação. O resultado da licitação depende de circunstâncias diversas. Em muitos casos, a licitação atinge resultados insatisfatórios.

#### VII.3.3 - *Os percalços de licitação para venda de imóveis*

201. Existe uma dose ainda mais intensa de incerteza relativamente a licitações para venda de imóveis. Assim se passa porque a atividade de compra de imóveis não se constitui propriamente numa exploração empresarial contínua, que reflita uma atividade economicamente organizada.

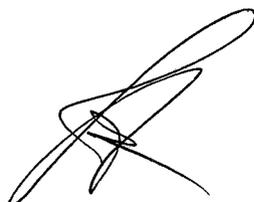
202. A licitação para obra pública conduz à instauração de competição entre empresas que têm interesse permanente e contínuo do objeto licitado. A venda de imóveis implica o desembolso de moeda por um adquirente. Há incerteza muito mais relevante na licitação para venda de imóveis.

#### VII.3.4 - *O caso concreto: o impedimento à atividade-fim*

203. A submissão da atividade-fim do Banco à obtenção de recursos pecuniários provenientes de uma licitação implicaria um óbice insuportável às suas atividades. Assim se passaria porque elevaria os custos de transação. A incerteza sobre a obtenção de recursos suficientes para a liquidação tempestiva das obrigações assumidas no âmbito do FII importaria a eliminação da atividade.

204. Então, o Consultante teria de realizar outros empreendimentos, perdendo a possibilidade de obtenção dos resultados relevantes propiciados por uma oportunidade de negócio.

#### VII.4 - Síntese



205. O Banco identificou oportunidades de negócio relevantes, que se enquadravam em sua atividade-fim. A solução de liquidar as suas obrigações por meio da entrega de bens imóveis tornava economicamente possível o empreendimento e assegurava uma margem de lucro muito mais satisfatória. A submissão da alienação dos mesmos imóveis a um processo licitatório teria inviabilizado as referidas operações ou acarretado a prejuízos significativos.

206. Logo e adotando quaisquer dos dois critérios, a ausência de licitação não era obrigatória.

### **VIII - A questão da contratação direta**

207. Admita-se, para argumentar, que a situação examinada não se enquadrasse no âmbito de atividade-fim, nem que se verificasse óbice intransponível ao desempenho das atividades empresariais. Se assim fosse, incidiriam as regras comuns de licitação e de contratação direta.

208. Em tal suposição, tornar-se-ia relevante promover uma avaliação da temática da contratação direta, tal como disciplinada pela Lei nº 8.666<sup>20</sup>.

#### **VIII.1 - A disciplina da contratação direta**

209. A Lei nº 8.666 manteve a tradição da disciplina brasileira sobre o tema e estabeleceu que a contratação direta compreende duas categorias jurídicas distintas e inconfundíveis entre si: a dispensa e a inexigibilidade.

##### **VIII.1.1 - A dispensa de licitação**

210. A dispensa de licitação consiste na determinação legislativa, decorrente de um juízo de proporcionalidade realizado pelo legislador, autorizando a contratação direta em situação determinada e específica.

211. A dispensa de licitação é prevista pela lei nas hipóteses em que os benefícios potencialmente derivados da adoção de um procedimento licitatório formal seriam sobrepujados pelos efeitos danosos decorrentes. A dispensa é resultado de uma avaliação de custo e benefício, que é exercitada privativamente por meio de lei.

212. Portanto, os pressupostos de competição estão presentes nos casos de dispensa de licitação. Em tese, seria cabível submeter a contratação a um

---

<sup>20</sup> O signatário analisou o tema da contratação direta em diversas oportunidades. O texto adiante reproduz o pensamento do signatário, que não foi alterado ao longo do tempo.



procedimento prévio de seleção. Todavia, a lei reputa inconveniente a sua efetivação, por acarretar prejuízos superiores aos potenciais benefícios.

213. Trata-se da manifestação de uma competência legislativa. A criação de situação de dispensa de licitação apenas pode ocorrer por meio de um dispositivo legal – o que não significa, obviamente, reconhecer que a lei poderia dispor sobre o tema de modo arbitrário. O próprio legislador já traçou um rol exaustivo dos casos de contratação direta por dispensa de licitação.

#### VIII.1.2 - *A inexigibilidade de licitação*

214. A inexigibilidade de licitação se configura nas hipóteses de inviabilidade de competição. Quando tal se passa, *a licitação é um instrumento inadequado porque não pode gerar um resultado útil para a administração*. Por isso, os casos de inexigibilidade de licitação não estão disciplinados de modo exaustivo na legislação.

215. A inutilidade do procedimento licitatório pode derivar de uma pluralidade de causas, variáveis em função das circunstâncias de tempo e de espaço. A Lei restringe-se a prever a existência da inexigibilidade de licitação, formulando uma definição ampla e aberta – tal como será abaixo mais bem examinado.

#### VIII.1.3 - *A situação concreta*

216. No caso concreto, a situação examinada se subsume a uma hipótese de dispensa de licitação. Cabe examiná-la de modo específico, antes de considerar mais aprofundadamente o instituto da inexigibilidade.

### **IX - O caso concreto: a dação em pagamento**

217. O caso examinado se enquadra no art. 17, inc. I, da Lei nº 8.666.

#### **IX.1 - A dispensa por dação em pagamento**

218. O art. 17 da Lei de Licitações estabelece hipóteses específicas de dispensa de licitação relativamente a alienação de bens. Entre elas, encontra-se a dação em pagamento. O dispositivo tem a seguinte redação:

*“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:*

*I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos,*



*inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:*

*a) dação em pagamento;*

*...”*

#### IX.2 - O instituto da dação em pagamento

219. No passado, as operações de transferência de propriedade faziam-se por via da permuta. Somente com o surgimento da moeda é que se tornou possível a compra e venda.

##### IX.2.1 - A permuta

220. A permuta se constitui em uma operação econômica comutativa muito simples. Uma das partes transfere para a outra um bem econômico de que é titular e recebe, em contrapartida, outro bem.

##### IX.2.2 - A compra e venda

221. A compra e venda identifica-se com a permuta na acepção de tratar-se de uma operação comutativa. No entanto, peculiariza-se pela utilização da moeda. O comprador liquida a obrigação assumida mediante o pagamento de um montante em moeda.

##### IX.2.3 - A dação em pagamento

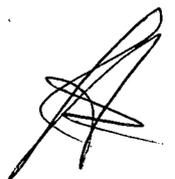
222. A dação em pagamento se configura nos casos em que a parte satisfaz uma obrigação por meio da transferência ao credor de um bem distinto daquele originalmente previsto. Nos termos do art. 356 do Código Civil, “O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida”.

#### IX.3 - A subscrição de cotas de FII

223. A liquidação do preço de emissão de cotas de um FII mediante a entrega de bens equivale a uma dação em pagamento.

##### IX.3.1 - A subscrição de um investimento

224. As operações de investimento no mercado financeiro envolvem a aplicação de recursos pecuniários. O sujeito que investe em fundos de investimento assume a obrigação de desembolsar valores em dinheiro. A obrigação essencial do investidor é pagar o valor em espécie correspondente à obrigação assumida.



225. Portanto e como regra, **todos** os investimentos admitidos no mercado financeiro envolvem sempre e apenas a liquidação de obrigações mediante o pagamento de valor em dinheiro.

#### IX.3.2 - A composição do patrimônio de um FII

226. Existe um tratamento excepcional no tocante aos Fundos de Investimento Imobiliário, em vista da sua própria destinação. A regra geral continua a ser aplicada: o investidor deve aplicar seus recursos financeiros no FII.

227. No entanto, a atividade-fim do FII é a exploração de bens imóveis. Portanto, presume-se que os valores pecuniários obtidos pelo FII, resultantes da liquidação das obrigações assumidas pelos investidores, serão aplicados na aquisição de direitos reais sobre bens imóveis.

228. Por isso e em vista da própria simplificação dos negócios, admite-se que a obrigação assumida pelo cotista seja liquidada mediante a entrega de bens imóveis.

229. Ou seja, existe um preço de emissão da cota, fixado em moeda corrente. Todos os investidores realizarão a liquidação das suas obrigações mediante o pagamento do valor em dinheiro. Mas se ressalva a possibilidade de que algum investidor promova a liquidação do preço de emissão das cotas subscritas mediante a transferência do domínio de bens imóveis para o FII.

230. Essa possibilidade decorre da circunstância de que esses bens imóveis se destinarão à exploração da própria atividade do FII.

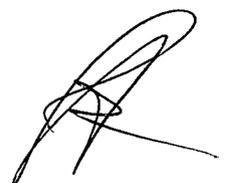
#### IX.3.3 - A assunção de obrigação em valor pecuniário definido

231. Portanto, o cotista assume a obrigação de liquidar uma obrigação com valor pecuniário determinado. Ao invés de realizar o pagamento em dinheiro, promove a transferência do domínio de bem (imóvel, no caso), liberando-se do dever assumido.

#### IX.3.4 - Ainda a questão da "equivalência" a uma alienação

232. Não é pertinente argumentar que a operação realizada pelo Banco produziu efeitos de alienação do domínio de imóvel. Esse argumento é incompatível com o próprio art. 17, inc. I, "a", da Lei nº 8.666.

233. Afinal, o dispositivo determina que há dispensa de licitação para operação de dação em pagamento. E a dação em pagamento produz o efeito jurídico de alienação do domínio da coisa.



234. Portanto, é juridicamente incorreto afirmar que seria obrigatória a licitação para toda e qualquer operação que produza o efeito jurídico de alienação de bem de titularidade de uma entidade administrativa. Se assim se passasse, a Lei nº 8.666 não teria previsto a dispensa de licitação para a dação em pagamento.

*IX.4 - A ausência de equivalência a uma venda*

235. Nem cabe afirmar que a subscrição de cotas de um FII para pagamento mediante entrega de bens imóveis equivaleria a uma venda.

*IX.4.1 - A venda e o interesse do vendedor*

236. Numa venda, o sujeito titular do domínio assume a obrigação de transferi-lo para um terceiro em contrapartida do recebimento de um preço, a ser pago em dinheiro.

237. Portanto, a essência jurídica da venda é a transferência do domínio de um bem para recebimento de valor pecuniário. Para utilizar a terminologia tradicional, a **causa** da venda (para o vendedor) é o recebimento do preço em dinheiro.

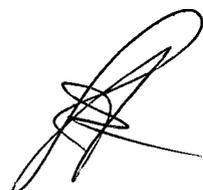
*IX.4.2 - A subscrição de cotas de FII: o interesse de comprar*

238. Quando um sujeito subscreve um fundo de investimento imobiliário, a finalidade buscada não é a alienação do seu patrimônio. O investidor transfere bens de seu patrimônio para o FII, mas a finalidade buscada não é desfazer-se deles para receber um "preço". Muito pelo contrário, o investidor assume uma posição muito próxima à de um comprador.

239. O investidor subscreve as cotas visando a "adquirir" direitos, não para promover a alienação de bens de seu patrimônio. A finalidade da operação é assegurar ao investidor a aquisição de uma posição que lhe permitirá receber, no futuro, resultados financeiros mais vantajosos. Trata-se de obter lucro. Há uma contrapartida para o investidor, que consiste na transferência para a instituição financeira de valores usualmente pecuniários.

*IX.4.3 - A subscrição de cotas de FII: a ausência de "venda de dinheiro"*

240. Evidentemente, o investidor num FII não está "vendendo" os seus recursos pecuniários para a instituição financeira. O valor pecuniário que lhe cabe desembolsar corresponde ao pagamento de um preço, na condição de comprador ou adquirente.



*IX.4.4 - A liquidação do preço mediante entrega de bens*

241. Quando, portanto, o investidor realiza a entrega de bens para o FII, como forma de liquidar a sua obrigação, configura-se uma forma de substituição do pagamento do preço a cargo do comprador. O investidor liquida a sua obrigação – calculada em valor monetário - mediante a transferência de bens imóveis. A operação deveria, em princípio, ser liquidada mediante o pagamento de um preço em dinheiro, mas se admite, por conveniência empresarial, que o comprador das cotas libere-se de sua obrigação mediante a entrega de bens imóveis.

242. Pode-se aludir a uma “alienação” patrimonial nos casos em que o investidor liquida a suas obrigações mediante dação em pagamento. Mas nunca se poderá referir a “venda”. Portanto, “alienação” e “venda” não são expressões juridicamente equivalentes. A dação em pagamento é o melhor exemplo dessa distinção.

*IX.5 - O caso concreto: a finalidade buscada pelo Banco*

243. No caso concreto, o Consulente assumiu obrigações de integralizar o preço de emissão das cotas. Esse preço estava fixado em valor monetário. Mas, ao invés de pagar em dinheiro, o Banco promoveu a entrega de bens imóveis.

*IX.5.1 - A irrelevância jurídica da “necessidade” de desmobilização*

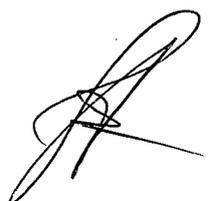
244. É fundamental destacar que, para fins de análise da operação jurídica realizada, é irrelevante a necessidade de o Banco promover a redução da imobilização de seu patrimônio.

245. Ou seja, a subscrição de cotas de um FII, a ser liquidada mediante a transferência do domínio de bens imóveis, não contempla qualquer elemento relativamente às circunstâncias subjetivas do subscritor.

*IX.5.2 - A ausência de operação de “venda” dos bens*

246. Nem se contraponha que a entrega de bens na operação de subscrição teria sido um sucedâneo para a sua venda. Essa afirmativa não encontra respaldo nos fatos.

247. É evidente que poderia reputar-se existente uma venda se o Banco tivesse transferido os bens para o FII mediante o recebimento de pagamento de preço em dinheiro. Então, teria ocorrido uma operação de alienação do domínio dos bens mediante o recebimento de um preço.



248. Mas assim não se passou. A contrapartida da transferência do domínio dos bens para o FII não foi o pagamento do preço. Foi a aquisição da titularidade de cotas, em igualdade de condições com todos os demais potenciais investidores.

249. Todos os investidores no FII receberam cotas como contrapartida da subscrição. A única diferença de tratamento entre eles foi que, no momento de constituição do fundo, o Banco liquidou as suas obrigações mediante a entrega de bens, enquanto os demais investidores se liberaram por via de pagamento em dinheiro.

#### IX.5.3 - *A irrelevância do destino posterior das cotas*

250. Nem apresenta relevância a circunstância de o Consulente ter promovido, na sequência, a alienação no mercado secundário das cotas recebidas. É evidente que o destino posterior do investimento não é um condicionante da definição do regime jurídico da entrega dos bens imóveis ao FII.

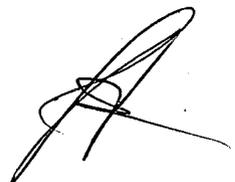
251. Ou seja, não teria cabimento afirmar que o destino dado pelo Banco às cotas adquiridas determinaria a existência ou a não existência de uma dação em pagamento. Esse enfoque é imprócedente porque implica determinar a natureza jurídica do ato anterior, perfeito e acabado mediante a verificação dos fatos posteriores. Ora, na condição de titular das cotas, o Banco poderia tanto ter escolhido mantê-las em seu poder ou aliená-las, sem que isso afetasse a natureza jurídica dos eventos consumados anteriormente.

#### IX.5.4 - *O descabimento do argumento da "simulação" de investimento*

252. Também é incorreto afirmar que a operação teria apenas a aparência de um investimento, eis que existiria uma venda dissimulada. Esse raciocínio é juridicamente defeituoso e economicamente indefensável.

253. O Consulente promoveu a subscrição de cotas de FII. Essa operação foi real e efetiva. Não se tratou de uma "simulação", expressão indicada para a hipótese em que o sujeito cria uma aparência jurídica destituída da correspondente consistência.

254. Por outro lado, o Banco do Brasil não dissimulou a venda dos imóveis. Houve operação cristalina e transparente, em que o Consulente entregou os imóveis para liquidar as obrigações assumidas pela subscrição das cotas do FII.



255. Portanto, houve perfeita coincidência entre a vontade manifestada e a vontade real do Banco. Todos os atos traduziram a finalidade buscada pela parte.

IX.6 - O descabimento do argumento de soluções alternativas

256. Também não caberia argumentar que o Consulente dispunha de soluções alternativas, que poderiam ter sido adotadas.

IX.6.1 - A autonomia para organizar a atividade empresarial

257. O Banco do Brasil dispõe de autonomia para organizar a sua atividade empresarial. A sua condição de sociedade de economia mista não implica o dever jurídico de adotar somente as soluções padrão da Administração Pública.

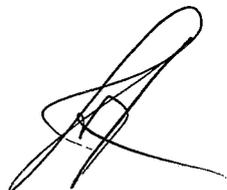
258. Nenhum órgão de controle externo dispõe de competência para interferir sobre o modo de estruturação das operações empresariais do Consulente. É cabível verificar apenas a legalidade do cumprimento das determinações legais. Também é apropriado examinar a economicidade da operação.

259. A solução adotada pelo Banco foi plenamente legal, eis que lhe é facultado promover a dação em pagamento de seus bens para liquidar suas dívidas. E foi muito vantajosa, pelos motivos já apontados – dentre os quais se destacam a desnecessidade de desembolsar valores monetários e a obtenção de lucro na comercialização das cotas.

IX.6.2 - A ausência de exigibilidade da solução de licitar

260. Não existe nem mesmo o dever de o Banco do Brasil optar pela solução negociada que implique a necessidade de licitar. Se existirem diversas alternativas de organização dos negócios e uma dentre elas implicar a observância de licitação, daí não se segue que o Banco esteja obrigado a optar por ela.

261. Ou seja, admita-se situação em que o Consulente tenha diante de si duas soluções jurídicas, ambas válidas e legítimas. Imagine-se que uma delas implique a necessidade de licitação. Admita-se que a outra não necessite licitação. A escolha da primeira não pode ser impugnada sob o argumento de que a outra alternativa permitiria a licitação.



262. O ponto fundamental a ser examinado reside em verificar se a opção adotada (e que não importou a necessidade de licitação) é conforme com a ordem jurídica e permite a obtenção de vantagens empresariais para o Consulente.

*IX.6.3 - A vedação à solução mais onerosa*

263. Mais do que isso, será inválida a decisão orientada pela busca da licitação quando implicar elevação de encargos ou redução de vantagens. Assim, suponha-se o caso em que o Banco escolha uma certa opção **apenas** porque ela permite realizar licitação. Se a outra alternativa, igualmente válida e legítima, permitia a obtenção de maiores vantagens, havia um dever jurídico de por ela optar.

*IX.6.4 - O caso concreto: a escolha de solução vantajosa*

264. No caso concreto, existia uma alternativa para o Banco, consistente em promover a alienação dos imóveis, prevendo a sua oneração com a locação em favor do alienante. Isso envolveria uma licitação e poderia propiciar resultados vantajosos ou não para o Banco.

265. Havia outra alternativa, identificada pelo Banco, que envolvia a compra de cotas de FII e sua liquidação com a entrega de bens, sem promover licitação.

266. O reconhecimento de que ambas as opções conduziram a que os imóveis deixassem a titularidade do Banco não implica o dever jurídico de escolha da primeira alternativa.

*IX.7 - A incidência da dispensa de licitação*

267. A operação foi equivalente a uma dação em pagamento.

*IX.7.1 - O conteúdo do dispositivo*

268. É relevante examinar as razões que justificam a decisão legislativa de promover a dispensa de licitação em situações de dação em pagamento.

269. A única razão plausível reside no reconhecimento de que é potencialmente mais vantajoso que a Administração se libere das obrigações assumidas mediante a entrega de bens diversos de dinheiro. A relevância dos recursos pecuniários para a Administração é evidente.

270. É inquestionável que a dação em pagamento de bens imóveis implica a sua alienação. Em princípio, caberia promover a licitação. Mas a Lei afasta essa exigência nos casos em que a transferência do imóvel for apta a



substituir o pagamento em dinheiro. A solução legislativa traduz uma ponderação entre os diversos valores prestigiados pela ordem jurídica. Consagra a conclusão de que é preferível que a Administração promova uma alienação de imóvel sem licitação quando isso implicar a desnecessidade de pagamento em dinheiro.

271. Anote-se, de passagem, que a Lei nº 8.666 não estabelece que a dação de imóveis em pagamento dispensaria a licitação apenas nos casos em que a obrigação original tivesse por objeto pagamento em dinheiro. No entanto, é evidente ser essa a finalidade buscada pelo dispositivo – até porque a enorme maioria das obrigações assumidas pela Administração Pública tem por objeto pagar quantia certa em dinheiro.

*IX.7.2 - O caso concreto: liquidação da obrigação pela entrega de bens*

272. No caso concreto, o Banco do Brasil promoveu a dação de bens imóveis para liquidar a obrigação assumida, com valor determinado em moeda. Liberou-se da obrigação de pagar em dinheiro pela aquisição das cotas do FII por meio da transferência do domínio dos imóveis. Incide ao caso, por isso, a regra do art. 17, inc. I, al. “a”, da Lei nº 8.666.

*IX.8 - A interpretação das hipóteses de dispensa de licitação*

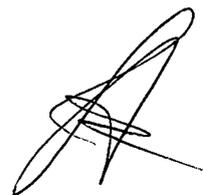
273. A solução não envolve a ampliação das hipóteses de dispensa de licitação, de modo a submeter a esse regime uma situação não prevista legalmente. O que se defende é abrangência do caso concreto ao âmbito de incidência da norma legal.

*IX.8.1 - A amplitude do conceito de “dação em pagamento”*

274. Portanto, trata-se de analisar a configuração, no caso concreto, de uma dação em pagamento. Não se busca ampliar a abrangência da previsão do art. 17, inc. I, al. “a”, da Lei nº 8.666.

275. A obrigação assumida por todos os investidores num FII é, como regra, de pagamento de um montante em dinheiro, que corresponde ao preço de emissão das cotas. Admite-se, excepcionalmente, que o particular promova a liquidação de sua obrigação mediante a conferência de bens. Caracteriza-se desse modo uma dação em pagamento. Estão presentes, então, as razões que conduziram o legislador a prever a dispensa de licitação em tal hipótese.

*IX.8.2 - A interpretação do negócio pactuado*



276. Não se contraponha que o conteúdo da obrigação assumida pelo Consulente era, desde o início, a transferência do domínio dos imóveis – o que descaracterizaria uma dação em pagamento.

277. É inquestionável que cada cota tem um preço de emissão, calculado em moeda corrente. Também é pacífico que cada investidor se obriga a contribuir para o FII com um certo valor, calculado em moeda corrente. Admite-se que o investidor liquide a sua obrigação mediante a entrega de bens imóveis – o que configura uma legitimação e uma generalização da alternativa da dação em pagamento.

278. Portanto, a hipótese de subscrição das cotas com entrega de imóveis realiza o conceito de dação em pagamento, mesmo nos casos em que as partes desde logo prevejam que, ao invés de pagar em dinheiro, o particular se liberará mediante a transferência dos imóveis.

279. Ou seja, a autorização contratual para que o sujeito se libere por meio da transferência de bens, ao invés de pagamento em dinheiro, não exclui a configuração de uma dação em pagamento.

280. No caso concreto, verificou-se precisamente essa solução. Houve a previsão contratual de que, ao invés de realizar a liquidação dos valores em dinheiro, o Banco do Brasil promoveria a dação em pagamento dos imóveis.

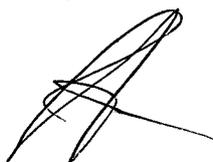
#### **X - Inexigibilidade de licitação e inviabilidade de competição**

281. Mas a questão pode ser examinada também sob o prisma da inexigibilidade de licitação. Se todos os argumentos acima não fossem suficientes, ter-se-ia de convir com a configuração de uma situação de inviabilidade de competição.

##### **X.1 - Considerações gerais sobre a inexigibilidade de licitação**

282. O art. 25 da Lei nº 8.666 determina que a inexigibilidade de licitação ocorre quando for inviável a competição. O conceito de “inviabilidade de competição” não foi explicitado legislativamente. Trata-se de uma indeterminação legislativa intencional. A intenção legislativa é abarcar, de modo amplo, todas as situações aptas a caracterizar a inviabilidade de competição.

283. A lei adotou essa fórmula ampla (“inviabilidade de competição”) de modo a abranger as diversas situações criadas no mundo real, reconhecendo a impossibilidade de estabelecer um elenco exaustivo. Configura-se, nesse ponto, a



grande diferença prática entre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação. Afinal, é logicamente impossível antever todas as situações em que ocorrerá a inviabilidade da competição.

X.2 - A complexidade do conceito de “inviabilidade de competição”

284. A amplitude da fórmula “inviabilidade de competição” é inquestionável. O art. 25 da Lei nº 8.666 contempla um elenco meramente exemplificativo. Toda a doutrina se manifestou nesse sentido, como se pode ver em CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>21</sup>, CARLOS PINTO COELHO MOTTA<sup>22</sup>, CARLOS ARI SUNDFELD<sup>23</sup> e DIÓGENES GASPARINI<sup>24</sup>.

X.2.1 - A hipótese de “impossibilidade” de competição

285. Existe inviabilidade de competição nas situações em que existe um único sujeito em condições de satisfazer a necessidade da Administração Pública. Em tais casos, pode-se aludir a “impossibilidade” de competição porque a prestação buscada pela Administração somente pode ser executada por um sujeito determinado. Portanto, não há cabimento de promover licitação, eis que de antemão pode-se estimar que somente um sujeito específico poderia participar da disputa.

286. Simplisticamente, poderia afirmar-se que a licitação em tais hipóteses seria inútil porque, existindo um único licitante, haveria uma única proposta para avaliação por parte da Administração. Ocorre que o problema é muito mais complexo. Tem relação com a única via prática de satisfazer o interesse da Administração.

287. A existência de uma única alternativa de contratação significa que a Administração necessita contratar precisamente com aquele sujeito. A imposição de uma licitação não assegura que esse sujeito dela participe. Afinal, disputar a licitação é um poder jurídico e reflete uma escolha autônoma do particular. Nesse cenário de ausência de alternativa, a instauração da licitação é uma conduta desarrazoada porque não assegura que a Administração receba uma proposta. A solução adequada é a Administração estabelecer contato diretamente com o particular e dele solicitar a proposta.

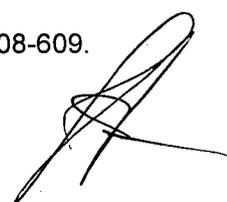
---

<sup>21</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 565-566.

<sup>22</sup> *Eficácia nas Licitações e Contratos*, 12. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011, 341.

<sup>23</sup> *Licitação e Contrato Administrativo*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 43.

<sup>24</sup> *Direito Administrativo*, 17. ed., atual. por Fabrício Motta, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 608-609.



X.2.2 - A distinção entre “impossibilidade” e “inviabilidade”

288. Mas a inviabilidade de competição não se restringe apenas aos casos de impossibilidade. A distinção não é de pequena monta e não é casual a redação adotada pelo legislador. A inviabilidade compreende a impossibilidade, mas não se restringe a isso. Ou seja, o conceito de impossibilidade de competição é mais restrito do que o de inviabilidade de competição.

289. Também pode ocorrer a inviabilidade de competição em outras situações, nas quais existam diversas alternativas de escolha para a Administração.

290. Assim se passa porque a inviabilidade de competição envolve não apenas a impossibilidade da competição propriamente dita, mas também a inadequação da licitação para propiciar um resultado útil à Administração. Esta circunstância é fundamental para o caso em análise.

X.2.3 - A distinção gramatical

291. A rejeição à identificação entre inviabilidade e impossibilidade de competição se funda, primeiramente, num argumento literal. Afinal, a Lei utilizou a expressão “inviabilidade” de competição, expressão linguística distinta de “impossibilidade” de competição. Ou seja, se a Lei pretendesse adotar o conceito de “impossibilidade” não teria utilizado a expressão “inviabilidade”<sup>25</sup>. Mas esse não é o fundamento jurídico mais relevante para a interpretação amplamente adotada pela doutrina.

X.2.4 - O elenco exemplificativo dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666

292. Muito mais relevante do que a questão redacional é a existência de um rol exemplificativo dos casos de inviabilidade de competição, consagrado nos incisos do próprio art. 25 da Lei nº 8.666. Analisando-se os casos arrolados nos diversos incisos do referido artigo, confirma-se que o conceito de inviabilidade de competição é muito mais amplo do que a figura da “impossibilidade” de competição.

---

<sup>25</sup> Nesse sentido, também já decidiu o TCU: “8. Verifico, entretanto, que o requisito da singularidade de que trata o inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993 não se confunde com a ideia de unicidade. Ou seja, o fato de haver mais de uma empresa atuando em determinado segmento do mercado não é incompatível com a ideia de singularidade do objeto a ser contratado. 9. Até porque, caso o conceito de singularidade significasse um único sujeito possível de ser contratado, estar-se-ia diante de inviabilidade de competição subsumível diretamente ao caput do art. 25 da Lei 8.666/1993” (Acórdão nº 7.840/2013, Plenário, rel. Benjamin Zymler).



293. A simples leitura dos três incisos já induz à existência de situações qualitativamente distintas, o que evidencia que o conceito de "inviabilidade de competição" não é simples, unitário, homogêneo. Compreende uma pluralidade de situações, que podem ser muito diversas entre si.

294. Em outras palavras, os exemplos contidos no art. 25 demonstram que a inviabilidade de competição se configura mesmo em hipóteses em que existem diversas alternativas de contratação para a Administração. Em face disso, justifica-se uma análise mais aprofundada das três hipóteses contempladas exemplificativamente nos incisos do art. 25.

#### X.3 - A inviabilidade por ausência de pluralidade de alternativas

295. O inc. I do art. 25 da Lei nº 8.666 consagra a situação de impossibilidade de competição propriamente dita. É a situação mais evidente de inviabilidade de competição. Em outras palavras, a competição pressupõe, no mínimo, duas alternativas distintas de contratação para a Administração Pública. Não havendo pluralidade de soluções, a competição é impossível e se autoriza a contratação direta.

296. Mas o elenco exemplificativo do art. 25 não se restringe a essa hipótese de impossibilidade de competição. Contempla hipóteses em que existe clara e inquestionável pluralidade de alternativas, mas em que a competição é inviável por outras razões.

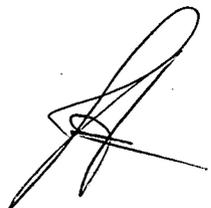
#### X.4 - A inviabilidade por ausência de objetividade de julgamento

297. Também é inviável a competição nos casos em que a avaliação da melhor alternativa não se funda em critérios objetivos precisos e exatos.

##### X.4.1 - A alternativa da contratação de artistas

298. O inc. III do art. 25 da Lei nº 8.666 qualifica como inviável a competição nas hipóteses de contratação de profissionais do setor artístico. Ora, as manifestações artísticas comportam como regra absoluta a pluralidade de alternativas. Se, por exemplo, a Administração pretender contratar um cantor para animar um evento cívico ou adquirir uma obra plástica para guarnecer um prédio público, sempre existirão diversos particulares como alternativas para contratação. Mas não será viável a competição entre eles.

##### X.4.2 - A distinção com a hipótese de impossibilidade de competição



299. Não se contraponha que o disposto no inc. III apenas se aplicaria quando houvesse uma única hipótese de escolha disponível para a Administração. Essa interpretação esbarra em dois postulados fundamentais da hermenêutica jurídica.

300. Primeiramente, tal interpretação acarretaria a inutilidade do dispositivo. Se o dispositivo fosse orientado a determinar que a Administração poderia contratar diretamente o profissional do setor artístico somente quando existisse apenas um disponível, não existiria razão para o inc. III no art. 25 da Lei nº 8.666. Afinal, essa situação já estaria abrangida no inc. I. Logo, o inc. III do art. 25 não teria conteúdo normativo próprio. Ora, um princípio hermenêutico fundamental consiste em que não se prestigia a interpretação que torne inútil um dispositivo legal.

301. Em segundo lugar, referida interpretação acarretaria a inaplicabilidade do dispositivo. Considerando-se o universo das situações fáticas do mundo real, nunca haveria um caso concreto em que existisse um único artista para ser contratado pela Administração<sup>26</sup>. Logo, seria materialmente impossível produzir contratação direta fundada no inc. III. E outro princípio da hermenêutica é o de rejeitar a interpretação que torna impossível a aplicação do dispositivo interpretado.

#### X.4.3 - A questão essencial: o critério de escolha

302. O desempenho artístico é uma manifestação da personalidade humana, dotada de elevada carga de subjetivismo – não apenas na execução, mas especialmente na sua avaliação por terceiros.

303. A licitação consiste num processo de julgamento **objetivo** para avaliar as diversas alternativas segundo critérios técnicos e científicos. Mas é impossível eliminar a existência de situações em que a seleção do particular a ser contratado não se subordina a um julgamento objetivo, fundado sobre critérios aritméticos. A situação paradigmática é a **arte**. Quando se analisa a atividade artística, não se utilizam critérios puramente econômicos nem se efetua a aplicação de conhecimento técnico-científico.

---

<sup>26</sup> Não cabe produzir qualquer definição ou teorização sobre "arte", tema que ultrapassa largamente os limites do presente parecer. Basta considerar que as manifestações artísticas comportam variações muito diversas e que, na esmagadora maioria dos casos, existe uma pluralidade ilimitada de indivíduos capazes de produzir arte.



304. Isso não equivale à inviabilidade de escolha. Claro que cada pessoa tem até mesmo a necessidade de selecionar, dentre as manifestações culturais, aquela de sua preferência. O que se afigura descabido é um critério objetivo de julgamento, que acarrete uniformidade de decisão e permita escolhas homogêneas e invariáveis de sujeito para sujeito.

305. Portanto, produzir a licitação para contratação de objetos de cunho estético seria incompatível com um princípio fundamental da licitação: a objetividade.

X.5 - A inviabilidade por ausência de comparatividade

306. Outra hipótese se configura no caso do inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666, que trata de serviços técnicos profissionais especializados, que refletem atuação pessoal de um ser humano, com cunho de transformação do conhecimento teórico-geral ou da inventividade em solução prática-concreta.

X.5.1 - A heterogeneidade das prestações ofertadas

307. Em tais hipóteses, a prestação executada traduzirá um elemento subjetivo, decorrente da função de “intermediação” (entre conhecimento teórico e solução prática) desenvolvida pelo prestador do serviço. Cada prestador do serviço produzirá atuação peculiar, inconfundível, reflexo de sua criatividade – criatividade essa que é precisamente o que a Administração busca<sup>27</sup>.

308. A contratação de serviços, nos casos do inc. II do art. 25, visa a obter não apenas uma utilidade material. É evidente que interessa à Administração a produção de certo resultado, mas a contratação é norteadada especificamente pelo pressuposto de que esse resultado somente poderá ser alcançado se for possível contar com uma capacidade intelectual extraordinária.

309. Ora, essas circunstâncias significam que cada sujeito encarregado de promover o serviço produzirá alternativas qualitativamente distintas. As soluções serão tão variadas e diversas entre si como o são as características subjetivas da criatividade de cada ser humano.

X.5.2 - A impossibilidade de comparação

---

<sup>27</sup> Nesse ponto, há evidente proximidade entre o pensamento exposto e as considerações de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. acerca da natureza tecnológica de certas manifestações da atividade jurídica. Confira-se em *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 160 e ss.



310. A inviabilidade de competição no caso do inc. II envolve alguns pontos comuns com a situação prevista no inc. III, mas com várias outras peculiaridades.

311. Em primeiro lugar, configura-se também a inviabilidade de seleção fundada em critérios de julgamento objetivos, ainda que tal decorra de motivos em maior medida distintos daqueles que ocorrem no tocante às hipóteses do inc. III do referido artigo.

312. Não se trata de variações subjetivas inerentes apenas à avaliação estética, mas da impossibilidade de comparação objetiva entre alternativas heterogêneas, cuja implementação dependerá da capacidade intelectual e da habilidade prática de cada ser humano. A cada profissional corresponde uma "proposta de solução", a ser executada segundo manifestações personalíssimas inerentes a cada indivíduo. É impossível determinar antecipadamente qual a melhor proposta de solução para as necessidades da Administração Pública, inclusive porque essa avaliação dependerá da evolução dos fatos.

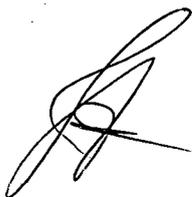
313. Ou seja, a impossibilidade de julgamento objetivo deriva da limitação da capacidade de avaliação humana. A heterogeneidade das alternativas inviabiliza comparação objetiva entre elas. Se houvesse um cotejo entre diferentes propostas, o julgamento ou se fundaria em critérios subjetivos do julgador ou em características alheias à proposta propriamente dita.

314. Anote-se que toda e qualquer prestação de serviço produzida por intermédio do desempenho humano apresenta essa variação subjetiva inevitável. Nenhum ser humano desempenha atuação exatamente idêntica à de outro.

315. Isso poderia conduzir à contratação direta em todos os casos em que se configurasse a situação. Para evitar esse resultado, a Lei impôs uma restrição relevante. Somente se admite a contratação direta em tais hipóteses quando o objeto da atividade for de natureza **singular**, questão à qual se retornará adiante.

X.6 - A inviabilidade de competição do "caput" do art. 25 da Lei nº 8.666

316. Por outro lado, a exigibilidade configura-se não apenas nas hipóteses contempladas nos incisos do art. 25. Existem outras situações em que a competição é inviável, inclusive naqueles casos em que a realização de licitação produziria a violação a princípios tutelados pelo Direito.



X.6.1 - *As situações incompatíveis com a satisfação da necessidade*

317. Existem hipóteses em que a licitação formal, tal como disciplinada na Lei nº 8.666 ou em outro diploma equivalente, seria incompatível com o atingimento da finalidade contratual ou com a realização da função atribuída à entidade contratante.

X.6.2 - *Ainda a questão das empresas estatais*

318. Sob esse ângulo, pode-se aludir à inviabilidade de competição no tocante ao desempenho das atividades-fim das empresas estatais ou do óbice insuperável ao desempenho da atividade empresarial. O conceito essencial é o mesmo: a incompatibilidade entre a licitação e o atingimento do resultado inerente à existência da entidade.

319. O que se observa, no entanto, é que a inviabilidade de competição prevista no caput do art. 25 da Lei nº 8.666 relaciona-se com hipóteses anômalas e excepcionais. Já a situação da empresa estatal pode conduzir a uma generalidade ampla de situações, todas as quais conduzem à inviabilidade da competição.

X.7 - A questão do "objeto singular"

320. Não seria exagero afirmar que a inviabilidade de competição se configura sempre que a contratação tiver um **objeto singular**, mesmo fora dos casos de serviços técnicos profissionais especializados. Ou seja, sempre que houver **um interesse estatal peculiar** a ser satisfeito.

X.7.1 - *A alusão expressa a objeto singular (Lei nº 8.666, art. 25, inc. II)*

321. A Lei nº 8.666 alude expressamente a objeto singular no inc. II do art. 25. Ali está previsto que se configura a inviabilidade de competição nos casos de serviços profissionais técnico-especializados, desde que dotados de **objeto singular**.

322. Daí não se segue, no entanto, que a temática do objeto singular seja relevante apenas nessa hipótese.

X.7.2 - *A amplitude da questão: a situação diferenciada*

323. A questão do objeto singular não se limita ao âmbito dos serviços técnicos profissionais especializados. O máximo que se pode afirmar é que, **usualmente**, o tema do objeto singular adquire relevância nessa espécie de serviço. Mas é evidente que, sempre que existir um objeto singular a ser



executado, ou sempre que existir um interesse estatal singular a ser satisfeito, poderá configurar-se a inviabilidade de competição.

324. Ou seja, a inviabilidade de competição se verifica naquelas hipóteses de natureza diferenciada, que escapam ao padrão normal considerado pelo constituinte e pelo legislador. São situações diferenciadas, que demandam um tratamento diverso daquele reservado para as hipóteses padrão.

325. Insista-se que a expressão "objeto singular" refere-se a uma prestação diferenciada e peculiar, que se relaciona à satisfação de necessidades administrativas que não são comuns. A Administração necessita de um objeto singular porque esse é a única alternativa para a satisfação da necessidade de que é titular<sup>28</sup>.

#### X.8 - A opinião doutrinária

326. No fundo, as considerações acima não apresentam maior originalidade. Há muito tempo, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO já afirmava que o art. 25, *caput*, continha uma regra geral autorizadora da contratação direta nas hipóteses em que a realização da licitação frustrasse a finalidade da atividade administrativa. É o que se retrata no trecho seguinte:

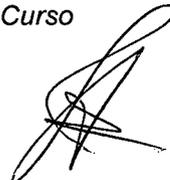
*"Em suma: sempre que se possa detectar uma inuidosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput."*<sup>29</sup> (grifou-se).

327. De modo similar, HELY LOPES MEIRELLES já assinalara que "casuismo e a inépcia do legislador não podem ser invocados para impor o

---

<sup>28</sup> Esse é o motivo pelo qual o signatário defende a tese de que a singularidade do objeto é uma característica reflexa da singularidade do interesse administrativo a ser satisfeito. Singular é o interesse da Administração. Nesse sentido, confira-se *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 486.

<sup>29</sup> *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 567. A conclusão já constava da 6ª edição de seu *Curso* (São Paulo, Malheiros, 1995, p. 306).



*procedimento licitatório quando este se mostrar absolutamente incompatível com a orientação pretendida pela Administração*<sup>30</sup>.

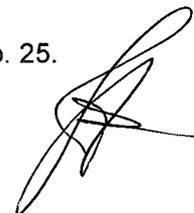
#### X.9 - Os precedentes do TCU

328. Justamente por isso, existem diversos precedentes do próprio TCU, reconhecendo a validade de contratações diretas que não eram subsumíveis a nenhum dos incisos do art. 25. Admitiu-se a contratação direta por inviabilidade de competição fundada no *caput* do referido dispositivo, sempre em situações anômalas. Em tais casos, admitiu-se a inviabilidade de competição porque se reconheceu que a realização da licitação seria uma solução inadequada para promover a satisfação dos interesses públicos.

329. Podem ser apontados alguns julgados tal como se vê adiante:

- *“Realmente, o arrimo legal encontrado para a contratação direta do fornecimento de material betuminoso com a Petrobras S/A (art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93) carece de adequação. A uma, porque, no objeto social daquela sociedade de economia mista, notoriamente não figura o fornecimento de bens e serviços especificamente para a Administração Pública, como requer o dispositivo citado. A duas, por motivo de caracterização de inviabilidade de competição, à vista do fato de a Petrobras ser a única no país capaz de fornecer, na escala que atenda o interesse público, o material pretendido, fazendo com que a circunstância se subsuma na hipótese prevista no caput do art. 25 da Lei de Licitações.”* (Acórdão nº 1.447/2004, Plenário, rel. Min. Adilson Motta)
- *“O administrador, consciente das suas responsabilidades, percebeu que se tratava de serviço incomum e extraordinário. Uma inexecução parcial ou de qualidade duvidosa poderia representar prejuízo irreparável à nação, dado um possível abalo no sistema financeiro e do conhecido risco sistêmico. Essa noção de risco, em matéria de finanças, está intimamente ligada à confiança, à confiabilidade dos sistemas e das informações. A escolha da IBM representou a minimização desses riscos, por ser empresa que já detinha razoável conhecimento dos sistemas utilizados pelo Banco Central do Brasil, por ser fornecedora de hardware e software à autarquia desde a década de 70 e que possuía uma Fábrica de Conversão.”* (Acórdão nº

<sup>30</sup> *Estudos e Pareceres de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, vol. 11, p. 25.



298/2005, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, trecho do voto da declaração de voto do Min. Lincoln Magalhães da Rocha)<sup>31</sup>

- *“... não existe um efetivo mercado concorrencial de materiais betuminosos, já que a pequena produção das duas únicas refinarias brasileiras não pertencentes à Petrobras não permite a configuração de um mercado na acepção de conjunto de fornecedores em disputa permanente pela contratação. Nessas condições, não poderia esta Corte de Contas impor ao DNIT a adoção de soluções tais como a realização de licitação internacional, utilização de consórcios ou parcelamento das compras, como quer a recorrente, por estarem tais atividades albergadas pela discricionariedade reservada à Administração pela lei de licitações e contratações.”* (Acórdão nº 149/2006, Plenário, rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha)
- *“... caso a administração, considerando as especificidades do desfazimento de ativos militares com capacidade operacional e todas as implicações dessas alienações nas relações internacionais do País, demonstre inequivocamente ser determinado comprador o único qualificado para o bem que se pretende alienar, inexigível será a licitação, nos termos do caput do art. 25 da Lei nº 8.666/1993. Aliás, esse artigo assegura a inexigibilidade de licitação, quando houver inviabilidade de competição, em toda e qualquer situação, independentemente do objeto.”* (Acórdão nº 2.054/2006, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)
- *“A situação fática de dependência operacional e tecnológica e a imprescindibilidade dos serviços prestados autoriza admitir seja firmado contrato por inexigibilidade de licitação, baseado na inviabilidade de competição.”* (Acórdão nº 2.418/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer)

---

<sup>31</sup> No corpo da decisão, encontra-se a seguinte passagem, muito esclarecedora: “Relatório de auditoria acerca de despesas relativas ao ‘Bug do Milênio’. Comprovada eficácia das ações empreendidas pela Entidade, com vistas a precaver-se do Bug. Audiências. Peculiaridades da contratação autorizam a inexigibilidade de licitação, em vista da singularidade do objeto e da notória especialização da contratada, a despeito dos serviços não se inserirem no rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93. Ausência de prejuízo ou dano para a Instituição decorrente da contratação efetuada. Acolhimento das razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis”.



330. Nas hipóteses examinadas pelo TCU, verificaram-se situações concretas que não se enquadravam de modo perfeito e exato nas previsões dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666. Mas foi admitida a contratação sem licitação porque as circunstâncias concretas induziam à inadequação, ao descabimento e à inutilidade de um certame licitatório como forma de selecionar o particular a ser contratado.

X.10 - Síntese sobre o conceito de "inviabilidade de competição"

331. Evidencia-se a complexidade do conceito de *inviabilidade de competição* adotado no art. 25 da Lei nº 8.666.

X.10.1 - A irrelevância da pluralidade de alternativas

332. Trata-se, em última análise, de rejeitar a visão simplista de que seria exigível a licitação sempre que houvesse diversos particulares em condições de desempenhar a prestação necessária à satisfação do interesse estatal. A existência de grande número de interessados não produz, de modo automático, a viabilidade de competição.

X.10.2 - Ainda o princípio da proporcionalidade

333. Não seria incorreto, enfim, reconhecer que a inexigibilidade de licitação é uma manifestação do princípio da proporcionalidade, na vertente da adequação.

334. A realização da licitação, em determinadas hipóteses, não é uma solução apta a gerar o efeito pretendido e imposto como necessário pelo ordenamento jurídico: a obtenção da solução mais vantajosa para a Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Afasta-se a obrigatoriedade da licitação, em tais hipóteses, para assegurar o fim buscado pelo direito seja atingido. O ponto fundamental reside em que a realização do referido fim depende da adoção de solução diversa da licitação.

**XI - O caso concreto: a inexigibilidade de licitação**

335. Se as diversas circunstâncias antes referidas não conduzissem à contratação direta, ter-se-ia de reconhecer que implicariam a inviabilidade de competição. A realização de uma licitação não era exigível porque implicaria a frustração do resultado necessário a satisfazer os interesses perseguidos pelo Consulente. Não existia nenhuma outra alternativa, decorrente de uma licitação, apta a gerar um resultado satisfatório equivalente àquele obtido



XI.1 - Os legítimos interesses do Consulente

336. O Consulente necessitava obter uma solução que apresentasse características específicas e diferenciadas.

XI.1.1 - A alienação de bens

337. Em primeiro lugar, havia um interesse de o Consulente promover a alienação de determinados bens imóveis integrantes de seu patrimônio.

XI.1.2 - A manutenção da posse dos bens

338. Mas era essencial que o Consulente mantivesse a posse dos bens, que deveriam ser a ela locados por um período de tempo longo. Não se tratava, portanto, de pura e simplesmente desfazer-se de bens imóveis.

XI.1.3 - A compatibilidade com o investimento concebido

339. Igualmente relevante era obter uma solução que fosse compatível com a implementação do modelo de investimento concebido. Era relevante que o Banco do Brasil colocasse no mercado, em curto espaço de tempo, as cotas de FII para captação de recursos dos investidores.

XI.1.4 - O sigilo quanto às operações

340. Por outro lado, as conveniências empresariais impunham o sigilo sobre todas as atividades. A revelação da intenção do Consulente de promover uma operação dessa ordem poderia comprometer o sucesso da operação.

XI.2 - A inviabilidade de obtenção desse resultado mediante licitação

341. A solução comercial acima indicada nunca poderia ser obtida mediante licitação.

XI.2.1 - Ainda a dificuldade da alienação nas circunstâncias

342. É necessário reiterar as dificuldades propiciadas pela alienação de bens imóveis. Algumas características concretas da alienação em questão tornavam o seu objeto pouco atraente do ponto de vista econômico.

343. Em primeiro lugar, o fato de que se tratava de uma pluralidade de imóveis com valor de mais de um bilhão de reais já restringe naturalmente o rol de potenciais interessados.

344. Além disso, a exigência de locação posterior à alienação tende a reduzir o valor de mercado dos bens, bem como a reduzir ainda mais o universo de interessados. Para acentuar estas dificuldades, rememore-se que o contrato de locação pretendido pelo Consulente (e que conseguiu efetivar através da



constituição do FII), além de particularmente longo, garantia às partes condições atípicas, àquele ponto ainda não previstas na legislação da espécie, como, por exemplo, a renúncia do locador do direito de pleitear a revisão do valor da locação a cada três anos.

345. Na prática, seria inviável alienar integralmente todos os bens pretendidos por um valor justo a um mesmo interessado ou a diversos interessados diferentes que se propusessem, todos eles, a locar de volta para o consulente os bens, pelo prazo e nas condições por ele pretendidas.

#### *XI.2.2 - Ainda o comprometimento do projeto de investimento*

346. Em qualquer caso e mesmo que existisse sucesso da licitação, a conclusão das alienações implicaria o decurso de um longo tempo. Isso comprometeria o sucesso do projeto de investimento. O Banco até poderia promover a alienação dos bens – o que seria uma incerteza. Mas nunca seria viável implementar o projeto dos FII.

#### *XI.2.3 - A atratividade do investimento para o mercado*

347. Há um ponto essencial que não mereceu o destaque apropriado. A solução adotada foi essencial para o êxito da comercialização das cotas dos FII. A entrega dos imóveis foi acompanhada de contratos de locação que asseguravam a rentabilidade do patrimônio imobiliário explorado pelo FII. Portanto, os potenciais investidores tinham segurança de que os valores aplicados obteriam uma remuneração garantida. Assim se passava especificamente porque o Banco do Brasil é uma instituição sólida, o que assegurava aos investidores a certeza quanto ao recebimento dos aluguéis.

#### *XI.3 - A inviabilidade de competição*

348. Ou seja, a alternativa de promover a entrega dos imóveis em pagamento das cotas era uma solução incomparavelmente mais vantajosa para o Banco.

349. Mais precisamente, não existia viabilidade de qualquer outro sujeito formular uma proposta que permitisse ao Consulente obter as mesmas vantagens que auferiu com a solução da dação em pagamento, realizada diretamente, acompanhada da garantia da locação.

350. A garantia da locação apresentava duas vantagens distintas e extraordinariamente relevantes. Para o Banco do Brasil, representava a certeza



da continuidade do uso dos imóveis. Para os investidores, configurava a certeza da obtenção de rendimentos para o investimento.

351. Nestas circunstâncias, ficam claras as vantagens da constituição do FII, que além de garantir ao Consulente uma flexibilidade impossível de ser encontrada no mercado, resolveu o seu problema de atendimento às determinações regulatórias e assegurou o sucesso em sua atividade financeira.

## **XII - Conclusão**

352. Em conclusão, não houve qualquer irregularidade no caso concreto. A conclusão de que a licitação não era obrigatória pode ser atingida por quatro razões diferentes, todas elas suficientes mesmo se consideradas isoladamente.

353. Como empresa estatal, a consulente está submetida aos princípios da administração pública (art. 173, § 1º, III, da CF), mas não às mesmas regras de contratação que se aplicam à generalidade das demais entidades administrativas. No caso concreto, a consulente pretendia realizar e realizou uma operação complexa, com múltiplos objetivos. Esta operação não exigia prévia licitação, tanto porque envolvia atividade-fim da consulente, como porque tal licitação constituiria um óbice intransponível à realização desta operação, nos moldes pretendidos pela consulente.

354. De todo modo, ainda que este caso fosse interpretado à luz das regras gerais da lei n. 8.666/93, o negócio não deveria ter sido precedido de licitação. De um lado, porque as características do caso levam à configuração de uma hipótese de inexigibilidade de licitação, já que o resultado pretendido pela consulente constitui "objeto singular", na acepção do art. 25, II, da lei n. 8.666/93, não sendo realizável mediante licitação.

355. De outro, porque, ainda que o resultado pudesse ser obtido através de procedimento licitatório, a hipótese do caso concreto se enquadra também na hipótese de dispensa prevista no art. 17, I, a, da lei n. 8.666/93.

356. Em face dos pressupostos acima alinhados, apresento as seguintes respostas para os quesitos formulados.

- a) A instituição de Fundo de Investimento Imobiliário, destinado preferencialmente aos clientes da própria instituição bancária, configura uma atividade-fim de instituição financeira?



Resposta: **Sim.** As atividades bancárias, no mercado financeiro, compreendem uma pluralidade de operações. Entre elas, encontra-se inclusive a criação de oportunidades para o público em geral (e a clientela já existente, em especial) realizar investimentos. As operações de investimento se caracterizam pela aplicação, num momento presente, de valores pecuniários de titularidade do investidor, visando a obtenção de resultados proveitosos no futuro. O Fundo de Investimento Imobiliário é uma alternativa de investimento que obteve grande sucesso no Brasil e que desempenha uma função econômica relevante para o desenvolvimento econômico. Permite que um investidor adquira cotas de um empreendimento imobiliário, sendo remunerado mediante os resultados obtidos. A cota do FII se constitui em um valor mobiliário, negociável em bolsa de valores e no mercado de balcão. Portanto, a instituição de um FII é uma atividade compreendida na atividade-fim de uma instituição financeira.

b) A instituição de um Fundo de Investimento Imobiliário, cujo patrimônio é composto por imóveis objeto de locação de longo prazo, amplia a atratividade do investimento para os potenciais investidores?

Resposta: **Sim.** Os lucros buscados pelos investidores são propiciados pela exploração do patrimônio imobiliário de titularidade do FII. Uma das principais alternativas para tanto consiste nos alugueis pagos pela ocupação do patrimônio imobiliário do FII. Se não existir a previsão, desde o momento inicial, de uma fonte de rendimentos para o patrimônio imobiliário, a atratividade do FII seria pequena, eis que não haveria segurança para o investidor quanto à obtenção de lucros.

c) Nas circunstâncias do caso concreto, a entrega de bens para integralização de cotas de um Fundo de Investimento Imobiliário configurou-se como parte de uma operação financeira?

Resposta: **Sim.** O Banco do Brasil promoveu a instituição de Fundo de Investimento Imobiliário. A subscrição de cotas, que se destinavam a posterior comercialização no mercado secundário, apresentou inquestionável natureza de operação financeira. A liquidação das cotas por meio da entrega de bens imóveis, destinados a serem explorados



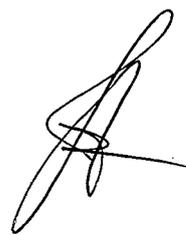
pele FII e cuja locação assegurava a obtenção de rendimentos aos potenciais investidores, representou uma operação acessória essencial para o sucesso do investimento. A dação em pagamento apresentava natureza acessória, compondo a estrutura complexa da operação e apresentando relevância significativa para a atração de investimentos.

d) A aplicação de recursos econômicos do Banco do Brasil em investimentos disponíveis no mercado, em que a liquidação ocorre por meio da conferência de bens diversos de dinheiro, está sujeita a prévia licitação?

Resposta: Não. A hipótese não se confunde com a operação de venda autônoma de bens para obtenção de pagamento em dinheiro. A operação instrumental, em que a alienação de bem imóvel, integra uma negociação complexa, de cunho financeiro, não demanda a realização da licitação. A desnecessidade de licitação, em tais hipóteses, decorre tanto da inserção da alienação na atividade-fim do Banco como da existência de dação em pagamento e da inviabilidade de competição.

e) A operação por meio da qual o banco deixa de ser titular do domínio de imóveis, permanecendo como locatário e se tornando titular de cotas no Fundo de Investimento Imobiliário versando sobre tais imóveis é econômica ou juridicamente equivalente a uma venda?

Resposta: Não. A venda consiste num negócio jurídico em que o alienante se compromete a transferir o domínio de um bem em contrapartida da obrigação do comprador de pagar um preço, em moeda. Em tais hipóteses, a finalidade buscada pelo vendedor é o recebimento do preço. No caso narrado, o Banco não pretendia receber um preço em moeda. A finalidade buscada é liquidar uma obrigação assumida mediante a transferência para a outra parte de um bem distinto de dinheiro. A posição do Banco identifica-se com a de um comprador, eis que a função do contrato é assegurar-lhe a aquisição da titularidade de um certo bem. No caso, o banco liquida a obrigação de pagar o preço mediante a entrega de um bem imóvel. Portanto, não existe semelhança com uma venda.



f) No caso concreto, existiu uma operação economicamente complexa, insuscetível de ser dissociada em uma série de contratos autônomos entre si?

Resposta: **Sim. O Banco nunca pretendeu promover pura e simplesmente a alienação de seus bens imóveis. Existiu uma complexa operação financeira, destinada a diversos fins e traduzida numa série de atos jurídicos, entre si vinculados por uma finalidade única. Houve a constituição de Fundo de Investimento Imobiliário. A subscrição das cotas pelo Banco foi liquidada por meio da entrega de bens imóveis, os quais foram alugados a ele mesmo. Na sequência, o Consultente comercializou em mercado secundário as cotas para os potenciais investidores, quanto aos quais era essencial a perspectiva de rendimentos propiciada pelo pagamento dos alugueis por parte do próprio Banco. A entrega dos bens imóveis para o FII foi um aspecto desse negócio complexo.**

g) Em face da disciplina regulatória, era necessária a redução da imobilização patrimonial do Banco do Brasil?

Resposta: **Sim. A regulação bancária estabelece limites para a participação de imóveis no conjunto do patrimônio de uma instituição bancária. No caso específico e segundo informado pelo Consultente, era necessário reduzir o índice de imobilização de seu patrimônio.**

h) Em face da atuação empresarial do Banco do Brasil, era indispensável a continuidade do uso dos bens imóveis a serem desmobilizados no seu patrimônio?

Resposta: **Sim. Ao que se infere das informações prestadas pelo Consultente, deliberou-se alienar os edifícios em que se encontravam suas sedes e agências bancárias. Isso porque, em tal hipótese, a regra era a continuidade da ocupação dos ditos bens, ainda que transferido o seu domínio para terceiros. Se assim não se passasse, o Banco sofreria grandes prejuízos, especialmente pelo risco de perda de clientela e ruptura de sua gestão operacional.**

i) Em face das respostas aos quesitos anteriores, é correto afirmar que o Banco do Brasil necessitava promover uma operação casada, em que a



alienação dos imóveis fosse acompanhada da sua locação em favor do próprio Banco?

Resposta: **Sim.** A alienação de bem imóveis que se configurassem como necessários à continuidade do desempenho da atividade bancária implicava a realização de uma operação casada. Isso significava que a alienação do bem devia ser acompanhada da pactuação de um contrato (de locação), que assegurasse ao Banco a continuidade da posse sobre os bens alienados.

j) Considerando que a redução da imobilização patrimonial do Banco do Brasil envolvia uma pluralidade de imóveis, cujo valor total somava mais de um bilhão de reais, é correto afirmar que o processo de venda no mercado seria problemático e demorado?

Resposta: **Sim.** Toda e qualquer licitação implica incertezas, eis que há a possibilidade de uma pluralidade de intercorrências, cuja consumação não pode ser controlada nem evitada de antemão. As características da operação, no caso concreto, implicavam grande risco de que as vendas somente fossem consumadas depois de um longo período. Não havia certeza quanto ao prazo efetivo em que as vendas seriam aperfeiçoadas. Nem havia possibilidade de estimar se, nas condições pactuadas, existiriam interessados em pagar o preço previsto.

k) No caso concreto, era obrigatória a licitação prévia para a operação de conferência dos bens para os Fundos de Investimento Imobiliário?

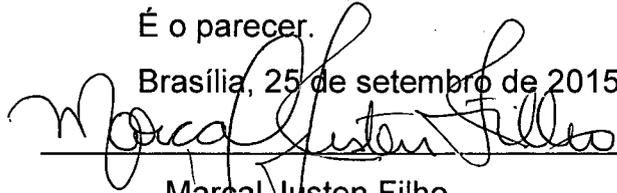
Resposta: **Não.** Essa operação complexa, que incluía inclusive a entrega de bens imóveis para os referidos Fundos, configurava-se como uma atividade-fim do Banco. A realização de licitação se constituía em um obstáculo intransponível ao desempenho exitoso da atividade empresarial do Banco. Ademais, a entrega dos bens se configurava como uma dação em pagamento, o que permite a dispensa de licitação nos termos do art. 17, inc. I, "a" da Lei 8.666. Mesmo que assim não o fosse, a solução ainda poderia configurar hipótese de inviabilidade de competição, eis que a licitação comprometeria o atendimento da



**necessidade buscada pelo Banco e não existia qualquer outra alternativa de vantajosidade equivalente.**

É o parecer.

Brasília, 25 de setembro de 2015.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marçal Justen Filho', is written over a horizontal line.

Marçal Justen Filho

Doutor em Direito

OAB/PR 7.468