TC nº 345/2016

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. PREGÃO. COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO. Assessoria financeira para estruturação, registro e distribuição pública junto ao mercado de capitais, de debêntures. Programa de Parcelamento Incentivado. PPI. Certame fracassado. REGULAR. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

3.021ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular o edital do Pregão Eletrônico 01/2016.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, ante a relevância, complexidade e ineditismo do tema e tendo em vista que o certame restou fracassado, em determinar a expedição de ofício à Origem para que informe a esta Corte de eventual abertura de novo certame de mesmo objeto, nos termos da Instrução 5/2015 deste Tribunal.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de fevereiro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos do acompanhamento do Edital do Pregão Eletrônico 01/2016, promovido pela Companhia Paulistana de Securitização – SP Securitização, tendo por objeto a "prestação de serviços técnicos especializados de assessoria financeira para a estruturação, registro e distribuição pública junto ao mercado de capitais, de debêntures com garantia real lastreadas em direitos creditórios oriundos do Programa de Parcelamento Incentivado – PPI, e estruturação, registro e distribuição pública ou privada de debêntures subordinadas", com valor estimado em R$ 25.000.000,00 para o período de 12 meses, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos até o limite legal de 60 (sessenta) meses, nos termos e condições permitidos pela legislação vigente (fls. 12/14).

Tendo em vista o ineditismo do objeto no âmbito do Município de São Paulo, faz-se necessário transcrever a íntegra do relatório de Auditoria:

Os serviços licitados compreendem duas fases distintas e sucessivas: (I) Fase 1 - estruturação da operação; e (II) Fase 2 - distribuição das debêntures.

a) Fase 1 - estruturação da operação (fls. 28/29)

A estruturação da operação prevê a realização das seguintes atividades, dentre outras:

- Elaboração e apresentação de cronograma, contendo o detalhamento de todos os eventos e providências necessárias à estruturação da operação;

- Avaliação da carteira de recebíveis oriundos do PPI por empresa de auditoria independente;

- Assessoria para a definição da estratégia e estrutura financeira da operação, incluindo análise de aspectos tributários e societários, bem como assessoria para a definição dos mecanismos de cessão do fluxo financeiro dos direitos creditórios oriundos do PPI para a contratante;

- Elaboração das minutas dos documentos e instrumentos jurídicos pertinentes e necessários à estrutura da operação.

b) Fase 2 - estruturação da operação (fls. 29/32)

A distribuição de debêntures prevê a realização das seguintes atividades, dentre outras:

- Identificação dos investidores interessados na operação;

- Preparação de material informativo para investidores;

- Apresentação da operação aos potenciais investidores;

- Liquidação financeira da operação;

- Obtenção da nota definitiva de classificação de risco (rating) das debêntures com garantia real, com validade de 1 (um) ano.

3.1.2 Definição e fluxo de atividade da securitização dos ativos.

Securitização é uma prática financeira que consiste em agrupar vários tipos de ativos financeiros em títulos padronizados negociáveis no mercado de capitais.

Esses títulos são caracterizados por um compromisso de pagamento futuro, de principal e juros, a partir de um fluxo de caixa proveniente da carteira de ativos selecionados.

Em suma, a securitização é um procedimento para a antecipação de recursos financeiros, com a divisão de riscos no mercado e a colocação de títulos lastreáveis e negociáveis pelos investidores, mediante remuneração por meio de deságio, juros e encargos.

Trata-se, portanto, de operação financeira complexa e especializada, que envolve essencialmente participantes do mercado financeiro e que tem os seguintes elementos característicos: (I) ativos negociáveis; (II) títulos colocados por intermédio de instituição financeira especializada; (III) fatores de risco; e (IV) juros e deságio a favor do investidor.

Juntamos às fls. 98/100 o fluxo detalhado das atividades para a operação de securitização do PPI na PMSP.

3.1.3 Dimensionamento da securitização de créditos do PPI da PMSP.

A Companhia Paulistana de Securitização publicou no DOC de 21.01.16 um link eletrônico para demonstrativos referentes ao fluxo financeiro pretendido com a securitização de créditos do PPI da PMSP (fls. 101/102).

Segundo as informações divulgadas, o total de créditos com o PPI da PMSP soma R$ 3,7 bilhões, realizáveis em 10 (dez) anos.

De acordo com o Anexo II – A, item I, do Edital de Pregão Eletrônico 001/2016/SP Securitização (fl. 246), o valor estimado de emissão das debêntures com garantia real é de R$ 500 milhões.

Com a operação de securitização dos créditos do PPI, a PMSP abdica do recebimento de R$ 3,2 bilhões, recebíveis ao longo de 10 (dez) anos, para realizar R$ 500 milhões em 2016, último ano de mandado do chefe do Poder Executivo.

Assim, há uma renúncia de 86% das receitas obteníveis com os créditos do PPI.

3.2 Objeto licitado.

3.2.1 Enquadramento do assunto como operação de crédito.

a) Definição de operação de crédito.

A definição de operação de crédito é estabelecida no art. 29, III, da Lei Federal 101/00. Dessa norma, destacamos o seguinte trecho: "... outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros".

De acordo com o Manual de Demonstrativos Fiscais, 6ª edição, da Secretaria do Tesouro Nacional, instituído pela Portaria STN 553/14, a Lei de Responsabilidade Fiscal define de forma exemplificativa o conceito de operação de crédito.

Segundo o Manual, as operações de crédito possuem pelo menos uma das seguintes características:

- Envolve o reconhecimento, por parte do setor público, de um passivo, que equivale a um aumento do endividamento público com impactos no montante da dívida pública e na capacidade de endividamento do ente;

- Pressupõe a existência de risco de não adimplemento de obrigações que, em geral, materializa-se na forma de cobrança de juros explícitos ou implícitos, deságio e demais encargos financeiros, tendo como consequência uma redução do Patrimônio Líquido do ente que equivale a um aumento do valor original da dívida; e

- Diferimento no tempo, uma vez que, em regra, as operações de crédito envolvem o recebimento de recursos financeiros, bens, ou prestação de serviços, os quais terão como contrapartida a incorporação de uma dívida a ser quitada em momento futuro.

Posto isso, entendemos que a securitização de créditos oriundos do PPI da PMSP se enquadrada na definição de operação de crédito, pelos seguintes motivos:

- Os títulos colocados no mercado de capitais são lastreados em direitos creditórios oriundos do PPI da própria PMSP;

- Há risco de não adimplemento de obrigação diante da natureza da operação, que envolve a colocação de debêntures com garantia real lastreadas em direitos creditórios oriundos do PPI;

- O fator "risco de não adimplemento de obrigação" fica evidente ao se analisar o item 7.1.1 - g do Termo de Referência – Anexo I do edital, que faz alusão à necessidade de obtenção de nota preliminar de classificação de risco (rating) relativa à emissão das debêntures com garantia real, junto a uma agência de classificação de risco;

- A cessão de créditos do PPI por meio de debêntures no mercado de capitais é uma operação de derivativo, o que, por conseguinte, incorre em cobrança de juros, encargos financeiros e deságio, que estão implícitos na transação;

- A existência do fator risco na operação de securitização acarreta em deságio de créditos oriundos do PPI, o que influi diretamente no valor das debêntures colocadas no mercado e, por conseguinte, no montante financeiro auferido pela PMSP.

b) Controvérsia jurídica quanto ao enquadramento como operação de crédito.

Analisamos o processo administrativo 2012.0.017.362-3, que trata da contratação da empresa J.P. Morgan Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S.A - Termo de Contrato 01/2012, mencionado no item 3.3, e verificamos que o ajuste foi encerrado devido a relevante assunto tratado no processo de representação TCU-016.585/2009-0, que tramita no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Preliminarmente, cabe esclarecer que o processo TCU-016.585/2009-0 cuida da avaliação do enquadramento de operação relativa à securitização de recebíveis entre o Município de Belo Horizonte – MG e o FIDC-BH (Fundo de Investimento de Direitos Creditórios) no conceito de operação de crédito, estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal (fl. 83).

No processo administrativo 2012.0.017.362-3 observou-se, ainda, que a operação de securitização do PPI da PMSP, relativa a créditos tributários e não tributários, é semelhante àquela analisada pelo TCU, conforme prevê o Parecer 01/2014/SP Securitização (fls. 83/84):

> *"... ainda não existe jurisprudência, relevante a esta PMSP, de qualquer Corte de Contas no País, ou mesmo de Tribunais, a respeito de tais operações estruturadas com a cessão do fluxo financeiro da dívida ativa. Portanto, eventual decisão do plenário do TCU que confirme a hipótese acima externada pela área técnica da Corte e pelo Ministério Público da União junto ao TCU* ***poderá ter***

impactos negativos em todas as operações estruturadas com este ativo realizadas ou em andamento nos diversos entes federativos do País, e, em último caso, até mesmo inviabilizar juridicamente o seu prosseguimento" *(grifo nosso).*

Diante da notícia de que a securitização de créditos de PPI poderia ser enquadrada como uma operação de crédito pelo TCU e que isso teria repercussão nacional, o Termo de Contrato 01/2012 foi encerrado sem que os serviços contratados fossem concluídos (fl. 88), após ter sido suspenso por iniciativa da própria empresa contratada (fls. 79/82).

Evitou-se, assim, prejuízo não passível de mensuração decorrente de uma possível decisão desfavorável daquela C. Contas. No entanto, com a contratação foram gastos R$ 485 mil (TC 2.388/2015).

Em consulta ao site do Tribunal de Contas da União, verificamos que o processo TCU 016.585/2009-0 não foi definitivamente julgado e que, portanto, não existe decisão capaz de formar jurisprudência sobre o mérito da representação em âmbito nacional (fls. 89/90).

Nesse sentido, o Parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Finanças e Desenvolvimento Econômico se pronuncia: "... não há ainda manifestação conclusiva dos órgãos de controle externo sobre o tema, não havendo, assim, a possibilidade de indicação de previsibilidade absoluta do entendimento jurídico que irá prevalecer" (fls. 91/97).

Fica evidente, portanto, que o enquadramento da securitização de créditos de PPI como operação de crédito é assunto controverso e ainda em discussão em âmbito nacional e que, portanto, não deve ser afastado na presente análise.

A despeito da opinião firmada neste relatório, faz-se necessária a análise pela Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE quanto ao enquadramento da operação de securitização de créditos do PPI no conceito de operação de crédito, diante da controvérsia jurídica existente em âmbito nacional, do estabelecido no art. 29, III, da Lei Federal 101/00, bem como do disposto no Manual de Demonstrativos Fiscais, 6ª edição, da Secretaria do Tesouro Nacional, instituído pela Portaria STN 553/14.

c) Consequências no enquadramento como operação de crédito.

Confirmando-se a opinião desta auditoria, quanto ao enquadramento da securitização de créditos de PPI da PMSP no conceito de operação de crédito, aplicam-se, então, os limites de endividamento previstos no Capítulo VII da LRF, bem como os dispositivos previstos nas Resoluções do Senado Federal 40/01 e 43/01.

O Relatório Anual de Fiscalização – RAF da PMSP de 2014, TC 1.619/2015, apontou que "a relação entre a dívida consolidada líquida e a receita corrente líquida, apurada em 31.12.14, alcançou 1,9114, enquanto deveria ter chegado a 1,2973, demonstrando que **a dívida municipal encontra-se fora da trajetória exigida pelo art. 4º da Resolução 40/01 do Senado Federal"** (grifo nosso).

Estando fora da trajetória de dívida, a PMSP fica impedida de contratar operações de créditos, nos termos do art. 5° da Resolução 40/01 do Senado Federal.

Assim, a operação de securitização de PPI da PMSP é irregular, diante do contido no art. 4° da Resolução 40/01 do Senado Federal.

Oportuno consignar o disposto no art. 15 da Resolução do Senado Federal 43/01, que veda a contratação de operação de crédito nos 2 (dois) quadrimestres anteriores ao final do mandato do chefe do Poder Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município.

Registramos, ainda, que a Lei Complementar 148/14 promove condições para a revisão da trajetória de dívida prevista no art. 4° da Resolução 40/01 do Senado Federal, o que permitiria ao município a contratação de novas operações de crédito. Contudo, a formalização de um termo aditivo ao Contrato de Refinanciamento com União ainda não foi providenciada entre as partes (União e Município), o que impede os efeitos da Lei Complementar 148/14 no âmbito do município de São Paulo (TC 3.978/2015).

3.2.2 Vinculação de receitas de impostos.

Conforme dispõe a Resolução do Senado Federal 43/01, é vedado aos Estados, Distrito Federal e Municípios ceder o fluxo de recebimentos relativos aos créditos inscritos em dívida ativa, relativos a período posterior ao mandato do chefe do Poder Executivo, exceto para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívida com a União.

De acordo com o documento de fls. 108/112, pretende-se utilizar os recursos da securitização de créditos do PPI da PMSP para capitalizar o "Fundo de Previdência dos Servidores Públicos Municipais, na figura do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo, que foi instituído pela Lei Municipal 13.973/2005 como órgão gestor das aposentadorias e pensões devidas pelo Município".

Ocorre que, no caso da PMSP, não há um Fundo Previdenciário formalmente constituído, pois o regime previdenciário vigente, instituído pela atual Lei Municipal 13.973/05, é o de Repartição Simples, no qual em cada exercício são arrecadados os recursos suficientes para cobrir as despesas do mesmo exercício, pressupondo o equilíbrio financeiro-atual constante.

A operação de securitização de créditos de PPI da PMSP configura afronta ao art. 5° da Resolução do Senado Federal 43/01, pois há outorga de direitos relativos a períodos posteriores ao do mandato do chefe do Poder Executivo.

Oportuno mencionar a existência do Projeto de Lei 558/2015, que prevê a instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos do Município, com a criação de um Fundo Previdenciário específico, o que não ocorreu até o momento.

Assim, a vinculação de recursos auferidos com a operação de securitização de créditos de PPI da PMSP a órgão, fundo ou despesa afronta ao art. 167, IV, da Constituição Federal.

3.2.3 Enquadramento como renúncia de receita.

Conforme dispõe o item 8.6.3 do Manual de Procedimentos de Dívida Ativa da Secretaria do Tesouro Nacional, aprovado por meio da Portaria STN 564/04, o abatimento ou anistia de quaisquer créditos a favor do Erário depende de autorização por intermédio de lei, servindo como instrumento de incentivo em programas de recuperação de créditos, observando o artigo 14 da Lei Complementar 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse sentido, a securitização de créditos do PPI da PMSP enquadra-se como abatimento de créditos financeiros a receber, na medida em que se promove um relevante deságio, conforme apontado no item 3.1.3.

Assim, aplica-se automaticamente o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Posto isso, a securitização de créditos do PPI da PMSP viola o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, na medida em que as seguintes irregularidades ocorrem:

- Não há estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes;

- Não há atendimento ao disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO;

- Ausência de demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12 da LRF, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias;

- Não há acompanhamento de medidas de compensação, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

3.3 Modalidade da licitação.

O parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal 10.520/02 define bens e serviços comuns como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Não há justificativa no processo administrativo que caracterize o objeto licitado como serviço comum, ficando evidente a sua complexidade e especificidade no Termo de Referência – Anexo I (fls. 20/43) e diante de todos os esclarecimentos do edital prestados no DOC (fls. 208/211).

Trata-se de um serviço técnico especializado, pois envolve um conjunto de atividades de cunho intelectual que dependem da formação e experiência profissional da empresa a ser contratada, bem como do seu corpo técnico.

Confirmando a complexidade e especificidade dos serviços licitados, o próprio edital prevê a subcontratação de determinadas atividades (fls. 32/34), quais sejam:

- Classificação de risco de crédito;

- Auditoria dos recebíveis; e

- Assessoria jurídica especializada (duas assessorias jurídicas distintas, sendo uma para a Companhia e outra para a licitante vencedora).

Nesse sentido, verificamos que são poucas as experiências de securitização de créditos de PPI na administração pública em âmbito nacional. Identificamos apenas quatro eventos, quais sejam:

- Belo Horizonte, por intermédio da PBH Ativos S.A.;

- Estado de Minas Gerais, por intermédio da MGI Participações;

- Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Caixa de Administração da Dívida Pública Estadual – Cadip; e

- Estado de São Paulo, por meio da Companhia Paulista de Securitização.

No âmbito do município de São Paulo, identificamos apenas uma tentativa de securitizar créditos de PPI: Termo de Contrato 01/2012, por intermédio da própria SP Securitização, cuja contratada foi a instituição financeira J.P. Morgan Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S.A. Ressaltamos que essa

contratação não resultou em ingresso de recursos financeiros para a PMSP, sendo encerrado em 13.05.14 após questionamentos quanto à legalidade da operação.

Diante do exposto, a adoção da modalidade Pregão mostra-se inadequada, pois não há o enquadramento do objeto licitado na definição de serviço comum, o que afronta o art. 1°, Parágrafo Único, da Lei Federal 10.520/02.

3.4 Justificativa para a contratação.

Justificativas dadas pela Administração.

A Secretaria Municipal de Finanças e Desenvolvimento Econômico solicitou à Companhia Paulistana de Securitização a realização da operação de securitização de créditos do PPI da PMSP (fl. 103), com base em Parecer da Procuradoria Geral do Município (fls. 104/107) e em estudo técnico promovido pela Companhia São Paulo de Desenvolvimento e Mobilização de Ativos – SPDA, às fls. 113/193.

O estudo técnico promovido pela companhia São Paulo de Desenvolvimento e Mobilização de Ativos – SPDA, aproveitado pela Companhia Paulistana de Securitização e Secretaria Municipal de Finanças e Desenvolvimento Econômico, ocorreu no âmbito do Contrato 14/2014, que consta no P.A. 2015-0.189.153-3 (fl. 113).

O estudo é compilado no documento de fls. 194/201, onde são apontadas as justificativas para a licitação do objeto do Edital de Pregão Eletrônico 001/2016/SP Securitização. De acordo com esse documento, a operação "possui diversas vantagens que as justificam de um ponto de vista estritamente econômico. Inicialmente, pode-se destacar o fato de que, por meio da securitização, transformam-se ativos de pouca liquidez em ativos de grande liquidez, dada a circulação inerente aos valores mobiliários".

A Secretaria Municipal de Finanças e Desenvolvimento Econômico afirma que "o risco de ‘default’ dos pagadores do fluxo de caixa – isto é, o risco de as dívidas originais não serem pagas – é minimizado para o cedente do direito de crédito, passando para os investidores dos valores mobiliários" (fl. 197).

Alega, ainda, que "para os investidores, a securitização apresenta-se como uma forma de diversificar seus investimentos, alocando capital em uma alternativa na qual existe um mercado secundário, o que reduz os riscos para o próprio detentor do valor mobiliário" (fl. 197).

Considera, também, que há "a necessidade de recursos por parte do Município de São Paulo para fazer frente a despesas de diversas naturezas, no interesse do cidadão paulistano". Aponta como fato importante o seguinte: "... no ano de 2014, por exemplo, aproximadamente 74% das despesas da administração direta foram custeadas com recursos do Tesouro Municipal livres de

vinculação, evidenciando a dependência do Município em relação a outras fontes de recursos" (fl. 198).

De acordo com as tabelas constantes na fl. 199, a fonte de recursos municipais responde por aproximadamente 48,8% dos investimentos no município.

O documento aponta, ainda, que não há "perda patrimonial por parte do Município de São Paulo na operação, uma vez que este apenas trocará ativos pouco líquidos por ativos de maior liquidez, sendo parte do pagamento pela cessão dos direitos creditórios realizada em dinheiro e parte em **debêntures subordinadas, emitidas pela SPDA"** (grifo nosso) (fl. 200).

Por fim, conclui que "pode ser vantajosa a realização de operações de securitização de recebíveis do Programa de Parcelamento Incentivado – PPI, em virtude de reduzirem o risco de crédito assumido por parte do cedente dos direitos creditórios, além de se configurar como alternativa para o financiamento de parte das despesas do Município em vista das dificuldades de geração de receitas por outras fontes" (fl. 201).

Análise das justificativas dadas pela Administração.

As justificativas apresentadas pela Administração no P.A. 2015-0.189.153-3 para a contratação objeto do Edital de Pregão Eletrônico 001/2016/SP Securitização não se mostram adequadas pelos seguintes motivos:

- Não é considerado o deságio dos créditos do PPI decorrente da operação de securitização, que alcança o montante de R$ 3,2 bilhões, ou seja, 86% das receitas obtíveis em 10 (dez) anos, conforme apontado no item 3.1.3;

- Não há no processo administrativo estudo sobre o grau de liquidez e o risco dos créditos do PPI da PMSP;

- A perspectiva dos investidores sobre a operação não serve para justificar o processo de securitização dos créditos do PPI, pois o que se deve defender é o interesse da municipalidade;

- Não parece razoável que a arrecadação de R$ 500 milhões com a operação de securitização do PPI possa reverter a dependência do município em relação a fontes de recursos não municipais, considerando a vultosidade dos recursos envolvidos na execução orçamentária do município;

- A Nota Técnica SF/DECON 03/13 (fls. 203/207), que define procedimentos e lançamentos contábeis a serem realizados na operação de securitização do PPI, aponta que há Variação Patrimonial Diminutiva – VPD, não sendo pertinente o argumento de que não haverá perda patrimonial por parte do município;

- Não há estudo técnico no processo que aponte a necessidade de se diversificar as alternativas de financiamento das despesas por fontes como a do objeto da licitação, tampouco se a cessão dos créditos do PPI se mostra realmente adequada às finanças municipais.

3.5 Consulta pública.

O valor estimado da licitação é R$ 25.000.000,00, montante superior, portanto, ao estabelecido no art. 1° do Decreto Municipal 48.042/06.

Não houve procedimento de consulta pública que compreenda edital de abertura, esclarecimentos e subsídios a interessados, com publicação no Diário Oficial da Cidade e divulgação na Internet, por meio do site do e-negocioscidadesp, nos termos do Decreto Municipal 48.042/06.

3.6 Pesquisa de preços.

De acordo com o item 11 do Termo de Referência do edital (fls. 38/40), o valor total estimado com comissões e prêmio será obtido pelo somatório dos valores monetários obtidos da seguinte forma:

- Comissão de Estruturação: o valor deverá ser obtido pela multiplicação da percentagem ofertada pela licitante a título de Comissão de Estruturação por R$ 500 milhões;

- Comissão de Colocação em Regime de Melhores Esforços: o valor deverá ser obtido pela multiplicação da percentagem ofertada pela licitante a título de Comissão de Colocação por R$ 500 milhões;

- Prêmio de Garantia Firme: o valor deverá ser obtido pela multiplicação da percentagem ofertada pela licitante a título de Prêmio de Garantia Firme por R$ 200 milhões.

Com base nos parâmetros remuneratórios estabelecidos no edital, foi realizada pesquisa de preço que considera os valores referenciais de licitações semelhantes ocorridas nos estados do Rio de Janeiro, São Paulo (Companhia Paulista de Securitização) e Minas Gerais (MGI Participações) (fls. 212/216).

Observamos que a pesquisa de preço realizada pela Administração apresenta relevantes discrepâncias entre os valores orçados, o que sugere a sua revisão, atentando para o disposto no art. 4º do Decreto Municipal 44.279/03.

Os resultados da análise efetuada pela Coordenadoria I foram sintetizados às fls. 217/236, cuja conclusão segue abaixo transcrita:

"O Edital de Pregão Eletrônico 001/2016/SP Securitização, (...) não reúne condições de prosseguimento, tendo em vista as seguintes impropriedades:

a) A securitização de créditos oriundos do PPI da PMSP, na qualidade de operação de crédito, é irregular, diante da trajetória da dívida municipal e do contido no art. 4° da Resolução 40/01 do Senado Federal (item 3.2.1);

b) Há outorga de direitos relativos a períodos posteriores ao do mandato do chefe do Poder Executivo, o que afronta o art. 5° da Resolução do Senado Federal 43/01 (item 3.2.2);

c) A vinculação de recursos auferidos com a operação de securitização de créditos de PPI da PMSP a órgão, fundo ou despesa afronta ao art. 167, IV, da Constituição Federal (item 3.2.2);

d) Há violação ao art. 14 da Lei Federal 101/00, na medida em que as seguintes irregularidades ocorrem (item 3.2.3):

- Não há estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes;

- Não há atendimento ao disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO;

- Ausência de demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12 da LRF, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias;

- Não há acompanhamento de medidas de compensação, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição;

e) Adoção da modalidade Pregão, uma vez que o objeto licitado não se enquadra na definição de serviço comum, o que afronta o art. 1°, Parágrafo Único, da Lei Federal 10.520/02 (item 3.3);

f) Inadequação da justificativa apresentada para a contratação do objeto licitado (item 3.4);

g) Não houve procedimento de consulta pública que compreenda edital de abertura, esclarecimentos e subsídios a interessados, com publicação no Diário Oficial da Cidade e divulgação na Internet, por meio do site do e-negocioscidadesp, nos termos do Decreto Municipal 48.042/06 (item 3.5);

h) Para a pesquisa de preços, não há evidências de que as exigências previstas no art. 4° do Decreto Municipal 44.279/03 tenham sido observadas pela Administração (item 3.6).

Ressalta-se a necessidade de análise pela Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE quanto ao enquadramento da operação de securitização de créditos do PPI no conceito de operação de crédito, diante da controvérsia jurídica existente em âmbito nacional, do estabelecido no art. 29, III, da Lei Federal 101/00, bem como do disposto no Manual de Demonstrativos Fiscais, 6ª edição, da Secretaria do Tesouro Nacional, instituído pela Portaria STN 553/14 (item 3.2.1 b)."

Às fls. 240/250 a Assessoria Jurídica de Controle Externo se manifestou nos seguintes termos:

"(i) quanto à natureza jurídica da operação financeira, entendeu se tratar de operação de crédito e, nesse passo, acompanhou as conclusões da SFC – itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.2.3 – no que se refere às condições para implementação de tal operação, em especial ante o contido no art. 29, inciso III da Lei Complementar 101/2000; (ii) entendeu que o objeto, embora altamente complexo, pode ser licitado na modalidade pregão, pois o serviço é disponível e padronizado no mercado (item 3.3); (iii) constatou que a consulta pública não havia sido realizada ou dispensada de forma justificada no processo administrativo (item 3.5); (iv) entendeu necessária a apresentação de esclarecimentos por parte da Origem a respeito da justificativa da contratação e da pesquisa de preços antes de seu pronunciamento conclusivo (itens 3.4 e 3.6). Por fim, posicionou-se pelo não prosseguimento do certame."

Diante das manifestações da Auditoria e da AJCE foi determinada a suspensão do certame -referendada pelo Pleno e a intimação da Companhia Paulistana de Securitização, na pessoa do seu Diretor Presidente, bem como do Sr. Pregoeiro para manifestação (fls. 256/258).

A Companhia Paulistana de Securitização apresentou os esclarecimentos de fls. 271/357, os quais foram analisados às fls. 500/531 pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, juntamente com outros aspectos do Edital que não haviam sido avaliados em seu relatório de fls. 217/236 devido à exiguidade do tempo (...) e à complexidade do tema.

Nessa ocasião, a Auditoria concluiu o quanto segue:

"Analisada a manifestação da Origem no item 3.1 foram retificados os apontamentos constantes dos itens b, c, d, e e. Persistem os seguintes itens:

4.1. Considerando a complexidade e a novidade do tema no setor público, a falta de consenso entre as várias entidades envolvidas (PGFN, CVM, PGM, TCU etc.) a respeito da natureza da operação que se pretende realizar,

e o fato de a estrutura da operação não estar totalmente definida, falta segurança jurídica para afastar a natureza de operação de crédito do caso em análise. Caso a operação pretendida seja qualificada como operação de crédito, deverá ser observado o disposto na LRF e na RSF 43/2001. (item 3.1.a)

4.2. Considerando os aspectos tratados nos subitens I, II e IV a VI do item 3.1.f, e o novo cenário de repactuação da dívida com a União, a justificativa para a contratação deve ser revista, uma vez que, no momento, existem alternativas de financiamento, devendo, portanto, ser demonstrada a vantajosidade da operação. (item 3.1.f)

4.3. Os motivos para dispensa da consulta pública não foram suficientes para afastar a necessidade do procedimento, em infringência ao artigo 1º do Decreto Municipal 48.042/2006. (item 3.1.g)

4.4. É necessária a ampliação do escopo da pesquisa de preços para que possa refletir a realidade. (item 3.1.h) Novos pontos foram levantados no item 3.2, após análise do termo de edital de Pregão Eletrônico 001/2016/SP Securitização:

4.5. Considerando o cenário de antecipação de recursos, não foi analisado o impacto da operação de securitização nos exercícios futuros. (item 3.2.1)

4.6. Devem ser harmonizadas as divergências entre os itens 8.2.4 do Termo de Referência e 5.6 da Minuta do Contrato. (item 3.2.2)

4.7. Não consta dos autos o despacho de autorização assinado pela autoridade competente, antes da publicação do edital, em infringência aos seguintes dispositivos: LF 8.666/93, art. 38, caput; LM 13.278/02, art. 15; DM 44.279/03, art. 6º; DM 46.662/05, art. 7º, inc. I, e DM 46.195/05, art. 2º, inc. III. (item 3.2.3)

4.8. O edital não possui todos os elementos exigidos, em infringência ao art. 40 da Lei Federal 8.666/93 (item 3.2.4)

4.9. Não foram solicitados como habilitação jurídica os documentos de eleição dos administradores, em desacordo/infringência aos incisos III e IV do art. 28 da Lei Federal 8.666/93. (item 3.2.5)

4.10. Rever o edital no que tange à possibilidade de concomitância de execução das fases e de não execução da fase 2. (item 3.2.6)

4.11. A cláusula 12 da Minuta de Contrato é genérica, precisando ser delimitada e esclarecida, além de ser atípica, pois não consta do rol do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93. (item 3.2.7)

Posto isso, entendemos que o presente edital não reúne condições de prosseguimento.

Sugere-se, salvo entendimento diverso, a reanálise do tema pela Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, considerando a manifestação da Origem, a complexidade e a novidade do tema no setor público, a falta de consenso entre as várias entidades envolvidas (PGFN, CVM, PGM, TCU etc.) a respeito da natureza da operação que se pretende realizar e o fato de a estrutura da operação não estar totalmente definida, o que levou à conclusão de que falta segurança jurídica para afastar a natureza de operação de crédito do acaso em análise."

Oficiada, a Origem apresentou os esclarecimentos de fls. 541/615, os quais foram analisados às fls. 617/627.

A SFC (i) reiterou os apontamentos feitos nos itens 4.1, 4.2, 4.5 e 4.7; (ii) considerou que os apontamentos feitos nos itens 4.3, 4.4, 4.6, 4.8, 4.9, 4.10 e 4.11 restariam superados caso a SPSEC adotasse as medidas por ela anunciadas; (iii) entendeu que os apontamentos feitos nos itens 4.1, 4.2 e 4.5 em sua essência impediriam o prosseguimento do certame.

Novamente oficiada, a Origem apresentou suas justificativas, as quais foram analisadas às fls. 735/745 pela AJCE, que, dessa vez, opinou pela possibilidade de prosseguimento da licitação.

Diante disso, em despacho de folhas 746/748 foi autorizada a retomada do certame pelo Pleno, com amparo na manifestação da AJCE, condicionando à efetiva confirmação da alteração do novo edital e da adoção das medidas corretivas anunciadas pela Origem (às fls. 617-627) acerca dos itens 4.3, 4.4, 4.6, 4.8, 4.9, 4.10 e 4.11 – medida referendada pelo Egrégio Plenário, à unanimidade (fls. 762/766).

Foi também determinada a análise do procedimento licitatório, do contrato dele decorrente e de sua execução pela Coordenadoria I.

Às fls. 769/865, 876/950 e 953/1.030 a SPSEC apresentou novos esclarecimentos, os quais foram analisados às fls. 1.037/1.039.

Em última análise, a Auditoria assim concluiu:

(i) constatou que, quanto aos itens 4.3, 4.4, 4.6, 4.8, 4.9, 4.10 e 4.11, a SPSEC adotou as providências necessárias e foram feitos ajustes no novo edital, sanando os apontamentos;

(ii) ponderou que se a SPSEC levar adiante a operação, deve adotar medidas para mitigar os efeitos da elevação da taxa de juros no atual cenário, além de avaliar, ao fim da Fase 2, se realmente é vantajosa a operação para o município.

Às fls. 1.041/1.043 a AJCE ratificou sua conclusão anterior (fls. 735/745) pela regularidade do edital e sugeriu a adoção das recomendações elencadas pela Equipe Técnica.

Às fls. 1.045 a Procuradoria da Fazenda Municipal se declarou ciente do presente processo e requereu o prosseguimento do certame.

Por derradeiro, a Secretaria Geral acompanhou o parecer da Auditoria nos seguintes termos:

"Com relação aos apontamentos relativos à natureza da operação licitada (item 4.1), à justificativa para a contratação (item 4.2) e ao impacto da operação de securitização nos exercícios futuros (item 4.5):

As questões acima restaram superadas com a r. Decisão de fls. 746/748, referendada pelo Egrégio Plenário, à unanimidade (fls. 762/766). Naquela ocasião, os Nobres Conselheiros entenderam que os apontamentos em epígrafe não constituíam impedimento à continuidade do certame, com amparo no parecer da AJCE (fls. 744/745), mas o Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator determinou à Coordenadoria I a análise do procedimento licitatório, do contrato dele decorrente e de sua execução (fls. 748).

Por fim, vale informar que ainda não há decisão proferida nos autos do Processo TCU 016.585/2009-0, que trata da REPRESENTAÇÃO COM A FINALIDADE DE AVALIAR O ENQUADRAMENTO DE OPERAÇÃO REALIZADA ENTRE O MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - MG E O FIDC-BH (FUNDO DE INVESTIMENTO DE DIREITOS CREDITÓRIOS) NO CONCEITO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO ESTABELECIDO PELA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (consulta realizada no site do TCU em 09.08.2016).

Com relação ao apontamento relativo à consulta pública (item 4.3):

A SPSEC realizou a consulta pública em atendimento ao disposto no art. 1º do Decreto Municipal 48.042/2006: SPSEC – apresenta documentos acerca da realização da consulta pública: comprovação das publicações dos avisos da Consulta Pública no Diário Oficial na Cidade (em 28.04.16 - fl. 813 e em 10.05.16 – fl. 815), no site http://e-negocioscidadesp.prefeitura.sp.gov.br (fl. 772) e no Jornal Valor Econômico (em 05.05.2016 - fl. 814) e também as minutas do Edital e seus Anexos (fls. 773/812). A data limite para apresentação de comentários, contribuições e sugestões era 19.05.16. No link https://onedrive.live.com/redir?resid=578E6543D7E8C4AB!342&authkey=!ADKR7-sEMQa6b48&ithint=folder%2cpdf foram divulgadas as sugestões (comprovantes às fls. 868/874 e 880/911) e sua respectiva análise (acostada aos autos às fls. 914 e 955/981).

AUD – os documentos apresentados comprovam a realização da Consulta Pública, o que sana o apontamento. Ademais, as sugestões pertinentes foram incorporadas à nova redação do edital (fls. 987/1029).

1. Com relação ao apontamento relativo à pesquisa de preços (item 4.4):

Conforme determinado por esta Egrégia Corte de Contas, a SPSEC ampliou o escopo da pesquisa de preços: às fls. 817/865 apresentou os e-mails encaminhados ao Banco Caixa Geral Brasil, JP Morgan, Citibank, Banco ABC Brasil, Banco Fator, Banco Santander e Credit Suisse para fins de pesquisa de preços e às fls. 916/917, o seu resultado.

2. Com relação ao apontamento consistente na divergência entre o item 8.2.4 do Termo de Referência e o item 5.6 da Minuta do Contrato (item 4.6):

Conforme constatado pela SFC, a questão foi sanada pela Origem: a nova redação do item 8.2.4 do Termo de Referência (fl. 1007) foi harmonizada com a do item 5.6 da Minuta do Contrato (fl. 1022v) e na nova minuta após consulta pública, o item 8.2.4 foi excluído.

3. Com relação ao apontamento consistente na ausência de autorização para a abertura do procedimento licitatório pela autoridade competente (item 4.7): Acompanho o entendimento da AJCE no sentido de que a abertura da licitação foi autorizada na reunião do Conselho de Administração da SP Securitização realizada em 17 de dezembro de 2015 (fls. 737vº).

4. Com relação ao apontamento consistente no descumprimento dos requisitos do edital previstos no art. 40 da Lei Federal 8.666/93 (item 4.8):

Conforme constatado pela SFC, o apontamento restou sanado com as alterações promovidas no preâmbulo (fls. 774 e 988), nos requisitos da habilitação (fls. 779v/782 e 993v/996) e nos itens 15.5 (fl. 783 - renumerado na nova minuta para 15.4.2 - fl. 997) e 16 (fls. 783v e 997v).

5. Com relação ao apontamento consistente na falta da exigência de documento de eleição dos administradores como requisito de habilitação jurídica (item 4.9):

A exigência do referido documento foi incluída no edital, em atendimento ao disposto no art. 28, III e IV, da Lei Federal 8.666/93 (fls. 780 e 993vº).

6. Com relação ao apontamento consistente na revisão do edital no que tange à possibilidade de concomitância de execução das fases e de não execução da fase 2 (item 4.10):

Conforme constatado pela SFC, a Origem adotou a medida cabível para sanar o apontamento: o item 7.3 do novo edital (fl. 1005-v) estabelece a necessidade de autorização formal da Contratante para início da fase 2 e também contempla a possibilidade de não executar a referida fase caso não seja obtido o rating mínimo "AA-".

7. Com relação ao apontamento relativo à Cláusula 12 da Minuta do Contrato (item 4.11):

A Origem sanou a irregularidade ao limitar o valor da indenização na referida cláusula (fls. 1.027).

À luz do expendido, nada mais tenho a acrescentar, tendo em vista que, conforme acima expendido, os apontamentos feitos pela Auditoria foram superados por esta Egrégia Corte de Contas, à unanimidade, e, por conseguinte, a retomada do pregão foi autorizada (fls. 746/748 e 762/766), valendo registrar que a análise do procedimento licitatório, do contrato dele decorrente e de sua execução pela Coordenadoria I foi determinada pelo Nobre Conselheiro Relator às fls. 748."

Nesse sentido, a Secretaria Geral também opinou pela possibilidade de acolhimento do edital.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos do acompanhamento do Edital do Pregão Eletrônico 01/2016, promovido pela Companhia Paulistana de Securitização - SP Securitização, tendo por objeto a "prestação de serviços técnicos especializados de assessoria financeira para a estruturação, registro e distribuição pública junto ao mercado de capitais, de debêntures com garantia real lastreadas em direitos creditórios oriundos do Programa de Parcelamento Incentivado – PPI, e estruturação, registro e distribuição pública ou privada de debêntures subordinadas", com valor estimado em R$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais) para o período de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos até o limite legal de 60 (sessenta) meses, nos termos e condições permitidos pela legislação vigente.

Conforme se verificou da instrução, após a suspensão da licitação em decorrência das irregularidades apontadas pela Auditoria e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Origem adequou o edital, em cumprimento às determinações desta Corte.

Diante disso, todos os órgãos técnicos passaram a opinar pela regularidade do instrumento convocatório, sendo possível a sua retomada.

Nesse sentido, foi autorizado pelo Pleno o prosseguimento do certame, condicionado às modificações na nova versão do edital.

Após a publicação da última versão do edital, todos opinaram pelo respectivo acolhimento.

Não obstante tenha sido determinada a análise do contrato e sua respectiva execução, sobreveio notícia de que o certame restou fracassado, sem que tenha havido nenhum interessado.

Diante de todo o exposto, e com amparo nas manifestações unânimes antes citadas, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, JULGO REGULAR o EDITAL do Pregão 1/2016 da Companhia Paulistana de Securitização – SP Securitização.

Ante a relevância, complexidade e ineditismo do tema, e tendo em vista que o certame restou FRACASSADO, determino a expedição de Ofício à Origem para que informe a esta Corte de eventual abertura de novo certame de mesmo objeto, nos termos da Instrução 5/2015 deste Tribunal.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.