TC 3.057/2007

ANÁLISE. CONTRATO. SF. Serviços de assessoramento técnico especializado, para auxiliar na elaboração e divulgação do Leilão. Reduções Certificadas de Emissão de gás metano. Aterro Bandeirantes. 1. Interesse público atendido, por se revelar um preço compatível com o mercado internacional, enquadrando-se nas hipóteses legais da inexigibilidade de licitação. Art. 25, II, Lei 8.666/93. REGULAR. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TCs 3.000/2007 e 3.057/2007.

3.053ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/003.000/2007 e TC/003.057/2007, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 3.052ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor e ROBERTO BRAGUIM, com voto anteriormente proferido pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, na 3.050ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, com relatório e voto, DOMINGOS DISSEI – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, e EDSON SIMÕES, em julgar regular o Contrato 22/2007.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que, nos termos de sua declaração de voto apresentada, julgou irregular o Contrato 22/2007, aplicando o princípio da acessoriedade.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de agosto de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trago a julgamento os seguintes processos:

TC: 3.000.07-48: cuida da analise do Edital de Leilão 01/2007;

TC: 3.057.07-65: cuida da análise do contrato 22/2007, firmado entre a Secretaria de Finanças e a Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F, visando a prestação de serviços de assessoramento técnico especializado, para auxiliar na elaboração e divulgação do Edital em análise, bem como nos procedimentos de supervisão, operação e controle do leilão eletrônico visando à alienação dos certificados no mercado de ações; e, por fim,

TC: 3.255.07-29: cuida do acompanhamento do Leilão 01/2007 (processo acompanhante).

Trata a matéria em exame da primeira venda de créditos relacionados às Reduções Certificadas de Emissão (RCE) – **créditos de carbono** – de propriedade do Município de São Paulo, com amparo na **Lei Municipal 14.256, de 29 de dezembro de 2006**, que assim disciplina a matéria:

Art. 41 – Fica o Executivo autorizado a alienar quaisquer créditos, certificados já emitidos ou a serem emitidos, resultantes de projetos de mitigação de gases que causem o efeito estufa na atmosfera, no âmbito do Protocolo de Kioto e outros regimes, nacionais e internacionais, conforme legislação em vigor.

Nesta senda, uma vez delimitado o tema em julgamento, passo a relatar, de forma simultânea, as conclusões alcançadas pela Auditoria em relação ao **Edital de Leilão 01/2007,** formalizadas nos autos **TC 3.000.07-48**, bem como acerca do contrato firmado com a Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F, constante dos autos do **TC 3.057.07-65**.

Nesse sentido, observamos que nos Relatórios inaugurais, houve destaque para alguns aspectos que suscitaram dúvidas por conta, em especial, do ineditismo da matéria tratada, mas que, no curso da instrução, restaram superadas.

Por esta razão, peço vênia aos meus parecer para remeter o relato à íntegra destes Relatórios, por amor à brevidade.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em apertada síntese, emitiu parecer no sentido de que os créditos refletem títulos negociáveis no mercado financeiro, nacional ou internacional, e que, não obstante tal fato, são de titularidade pública, pois pertencentes à Prefeitura do Município de São Paulo.

Nesses termos, a regularidade da operação restou evidenciada diante da constatação de autorização legislativa para a alienação das unidades de Reduções Certificadas de Emissão (RCE), conforme art. 112, § 2º, inciso IV, da Lei Orgânica do Município, e que tal transação caracterizou contrato de direito privado, não se submetendo, portanto, à égide da Lei 8666/93.

Quanto ao contrato firmado com a BM&F, acrescentou, ainda, que os autos careciam de maiores justificativas quanto à inexigibilidade de licitação para a contratação de realização do leilão, bem como quanto ao preço contratado e à interveniência da Biogás - Energia Ambiental S/A, sobre cujo detalhamento remetemos, uma vez mais, aos autos. Por oportuno, determinou-se a regular intimação dos interessados para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Das manifestações anexadas aos autos, destacamos os seguintes pontos:

(a) a autorização para alienação de Reduções Certificadas de Emissão (RCE), além de consignada pela Lei Orgânica Municipal, foi também dada pelo art. 41 da Lei Municipal 14.256/2006;

(b) não se aplica a esse tipo de operação a Lei 8666/93, comando este previsto em seu artigo 17, II, "c" e "d", nem tampouco os ditames do Decreto 48.042/2006;

(c) subsiste na doutrina grande controvérsia sobre a natureza jurídica das Reduções Certificadas de Emissão (RCE), em virtude da ausência de legislação federal específica sobre a matéria, mas sendo que a tendência é de entendê-las como valor mobiliário;

(d) a Municipalidade é legítima proprietária das Reduções Certificadas de Emissão (RCE), ofertadas no leilão em exame, o que pode ser comprovado por meio de documentos disponibilizados pelo Comitê Executivo do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo-MDL, dentre outros disponibilizados nos sites especializados;

(e) a Comissão de Valores Mobiliários – autarquia federal competente para a regulação das bolsas de mercadorias e de futuros – autorizou expressamente a negociação das Reduções Certificadas de Emissão (RCE);

(f) o Leilão em comento foi regido por regras e condições previamente definidas em Edital, aprovado pela autoridade competente, com observância das regras de igualdade de condições de participação e

competitividade, bem como de forma a atender aos princípios que informam a administração pública;

(g) a taxa cobrada do participante vencedor, da monta de 0,25% sobre o valor da aquisição da RCE, teve por finalidade ressarcir os custos administrativos da bolsa em decorrência da realização de operações em seu ambiente de negociação, sendo que esta encontra-se em patamar inferior ao de qualquer outro emolumento cobrado em tal setor, inexistindo custo para a Prefeitura Municipal;

(h) os códigos de emissão das RCE pelo Conselho Executivo do Comitê Executivo do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo – MDL, e respectivos períodos de medição, não refletem informação relevante no mercado de carbono, razão pela qual não foi inserida tal informação no respectivo Edital, além do que tal fato não traz prejuízo aos interessados vez que referidas informações são disponibilizadas nos sites especializados;

(i) a divisão dos créditos de carbono entre a Prefeitura e a empresa Biogás - Energia Ambiental S/A, nos termos estabelecidos pelo TA 4 ao contrato de concessão do Aterro Sanitário Bandeirantes, é perfeitamente válido, nos termos das justificativas exaradas no processo específico;

(j) o percentual exigido dos participantes, a título de garantia inicial, mostrou-se compatível com o valor estimado da operação, bem como em relação a outros procedimentos de natureza similar no mercado financeiro, a época dos fatos;

(k) a exigência de carta emitida pelas instituições financeiras constitui um procedimento usual de identificação e verificação da idoneidade e capacidade financeira dos participantes, usualmente adotada no mercado financeiro internacional; e, por fim, que

(l) existem diversos tipos de "créditos de carbono", com preços igualmente diferenciados, sendo que também é prática corrente no mercado a aplicação de um deságio sobre o preço para determinação do valor mínimo de venda dos créditos, estabelecendo-se assim, um parâmetro de referência de preço para os participantes do leilão, sendo que a opção pela escolha da "European Climate Exchange" pautou-se por critérios técnicos específicos do setor.

Com essas considerações, em manifestação complementar, os órgãos técnicos entenderam por superados os questionamentos inicialmente lançados, anotando que a especificidade da matéria em comento impediria uma análise mais aprofundada do tema.

Encerrando a instrução dos processos, a douta Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, na esteira das manifestações dos órgãos técnicos, propugnaram pelo acolhimento dos instrumentos em exame.

Por derradeiro, vale consignar sobre o acompanhamento do Leilão 01/2007, analisado nos autos do **TC 3.255.07-29**, que a Auditoria desta Casa constatou que o mesmo transcorreu em consonância com as previsões do respectivo Edital, parecer este que, a partir de então, *passou a acompanhar e subsidiar a análise do Edital e respectivo contrato*. É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

O Leilão em exame refletiu procedimento pioneiro no Município de São Paulo, objetivando a venda de unidades de Redução Certificadas de Emissão – *RCE,* que foram negociadas no âmbito do denominado ***mercado de carbono*** pelas Bolsas de Valores. Em que pese inexistir, no mundo jurídico pátrio, a organização e regulamentação dessa matéria, a mesma está afeta aos debates atuais da agenda mundial na questão relacionada às mudanças climáticas e ao aquecimento global, um dos mais graves problemas ambientais na atualidade.

O tema ganhou proporções mundiais a partir da vigência do Protocolo de Quioto, em 16.02.2005, que fixou metas de redução de emissão de gases de efeito estufa, em especial o dióxido de carbono (CO^2), que, segundo dados disponibilizados pelo Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas[1], representa 55% do total das emissões mundiais dos referidos gases.

Nesse contexto histórico, com o intuito de estabilizar os efeitos deletérios desses gases, os países desenvolvidos – tidos como os grandes responsáveis por essas emissões – podem lançar mão de Mecanismos de Flexibilização previstos no referido Protocolo, sendo um deles o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo – MDL, que autoriza a obtenção de créditos de redução de carbono mediante o desenvolvimento de projetos ambientais, que possibilitam canalizar recursos para nações mais pobres e, em contrapartida, viabilizar uma compensação para os países que não conseguiram reduzir suas emissões internas segundo as metas estabelecidas, e assim, escapar de multas elevadas previstas.

Podemos relacionar como única legislação em vigor no Brasil, que guarda alguma pertinência com o tema, o Decreto Federal de 07.07.1999, que criou a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima, com a finalidade de articular as ações de governo nessa área, e a Lei 6.385, de 07.12.1976, que dispõe sobre o Mercado de Valores Mobiliários e Cria a Comissão de Valores Mobiliários.

Nestes termos, a geração de *RCE,* enquanto unidades de redução de emissão de gases de efeito estufa, em decorrência da atividade de um projeto de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo – MDL, criou um mercado próprio de transações de compra e venda, em nível mundial.

[1] WWW.forumclima.org.br

No Brasil, esse mercado é conhecido como Mercado Brasileiro de Redução de Emissões-MBRE, e agrega investidores previamente qualificados e cadastrados na Bolsa Mercantil e de Futuros – BM&F, bem como na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro-BVRJ. Tais instituições, em convênio com o Ministério do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio Exterior, integram aquelas envolvidas com o processo de implementação desse novo mercado no Brasil, por meio de um sistema eletrônico de leilões para a negociação das unidades em comento, com regras estabelecidas em editais, publicados previamente à data da realização de cada leilão.

À vista desses comentários iniciais, como bem ressaltou a Assessoria Jurídica de Controle Externo em parecer de fls. 203/213, resta evidenciado o fato de que a especificidade do Leilão em comento não permite submissão à égide da Lei 8666/93, vez que se mostra vinculado ao segmento dos contratos de direito privado, celebrados pelo Estado.

Não obstante, isso não significa total subtração do ajuste aos princípios que integram o regime jurídico de direito público, enquanto garantia à observância da finalidade pública do ato. Este é o sentido da norma contida no inciso II, do art. 17, da Lei 8666/93, que não deixa de ressaltar, em seu *caput,* que as alienações de bens da Administração Pública submetem-se à existência de interesse público devidamente justificado.

No mais, a questão envolvendo a titularidade dos créditos ofertados, também restou superada no curso da instrução, considerando-se as particularidades que envolvem a emissão dos RCEs, em especial, no que tange ao seu efetivo reconhecimento por parte da Organização das Nações Unidas- ONU.

Outro ponto também superado diz respeito à exigência de apresentação de Carta de Referência "know your client", pelos interessados, para participação no Leilão.

Neste tema, acolheu-se a justificativa prestada pela Origem, no sentido de que, no âmbito do mercado internacional, tal exigência é comum – argumento este, inclusive, que foi reforçado, diante da inexistência de questionamentos por parte dos interessados no decorrer do certame.

Quanto à taxa cobrada do participante vencedor, da monta de 0,25% sobre o valor da aquisição da RCE, houve a constatação de que referido percentual tinha por finalidade, exclusivamente, o ressarcimento dos custos administrativos da Bolsa de Valores, em decorrência da realização de operações em seu ambiente de negociação. Além disso, atestou-se que o mesmo encontrava-se em níveis compatíveis com as práticas internacionais do mercado de carbono, inexistindo, portanto, eventual prejuízo quanto aos preços pactuados.

Por derradeiro, em relação ao apontamento quanto à comprovação da propriedade dos créditos ofertados (808.450) e se haveria créditos não ofertados, acompanho a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle

Externo no sentido de que a própria ONU reconheceu a Municipalidade como legítima proprietária dos créditos negociados, o que foi demonstrado pelo documento de fls. 195 e pela carta de aprovação emitida pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, acostada a fls. 242. Ou seja, tal ponto pode ser considerado superado, posto que limitado à titularidade dos créditos, sem qualquer prejuízo ao que foi decidido no âmbito do TC 6.761/00-94, quanto aos aspectos da avença lá examinados.

Diante de todo o exposto, e considerando as conclusões alcançadas no Acompanhamento formalizado nos autos do TC **3.255.07-29, julgo regulares o Edital de Leilão 01/2007 e o contrato 22/2007, dele decorrente.**

DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADO apresentada pelo Conselheiro Domingos Dissei

1 - Acerca dos processos envolvendo a venda dos créditos de carbono, o Conselheiro Roberto Braguim pediu vênia para lembrar que tais créditos resultaram de contratos irregulares. Então, por arrastamento, o leilão e o contrato para a venda dos créditos de carbono seriam igualmente irregulares.

2 - Após refletir acerca dessas considerações, entendo não se aplicar ao caso o princípio da acessoriedade, extraído do direito civil, segundo o qual a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias.

3 - Isto porque, o leilão para a venda dos créditos de carbono, que resultaram do Projeto Bandeirantes de Gás de Aterro e Geração de Energia em São Paulo /Brasil, registrado perante o Conselho Executivo do Movimento Desenvolvimento Limpo, que, por sua vez, decorreu da exploração do gás no Aterro Bandeirantes, objeto do Contrato de Concessão 18/SVMA/2000, que veio a ser julgado irregular por este Tribunal, constitui uma relação jurídica independente, sem configuração do vínculo de acessoriedade.

4 - Ressalte-se que o Projeto, conforme constou do Edital, foi aprovado pelo Governo Federal em fevereiro de 2005, por meio da Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima., tendo como participantes a Prefeitura e a Biogás, ambas autorizadas pelo Governo Brasileiro a participar do Projeto.

5 - Ademais, ainda que assim não fosse, as razões que levaram este Tribunal a julgar irregular o Contrato de Concessão do qual decorreu os créditos de carbono vendidos no mercado internacional, são de cunho jurídico-formal, não afetando a sua execução.

6 - E, também, não se pode afastar o princípio da boa fé que deve proteger os negócios já consolidados, como é o caso da venda dos créditos de carbono no mercado internacional, que foi o maior projeto no âmbito do Protocolo de Kyoto em área pública na América Latina.

7 - Diante disso, e na esteira das manifestações dos órgãos técnicos desta Corte, cujos argumentos ficam incorporados ao meu voto, **ACOLHO** o Edital de Leilão 001/2007, modalidade Concorrência, objeto do TC 3.000/07, lançado pela Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico, realizado pela Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F para alienação de Reduções Certificadas de Emissão (RCE) – Créditos de Carbono de sua titularidade.

Ainda, **JULGO REGULAR** o Contrato SF 22/2007, firmado com fundamento do artigo 25, II, da Lei 8.666/93, objeto do TC 3.057/2007, por entender que a escolha da Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F atendeu ao interesse público, por se revelar um preço compatível com o mercado internacional, enquadrando-se nas hipóteses legais da inexigibilidade de licitação ou de dispensa.

8 - É como voto. (3.052ª S.O.)

DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Embasado nas razões antes expostas e coerentes com o posicionamento por mim adotado no julgamento das Concessões e dos Contratos, não posso considerar regulares os instrumentos em exame.

É que entendo indiscutíveis, afirmo com convicção, que os atos ora analisados decorreram de outros atos anteriores, irregulares, assim reconhecidos pelo Plenário em duas oportunidades – primeira e segunda instância –, o que impede, sob minha ótica, sejam acolhidos.

Trata-se, de fato, de aplicação do princípio da acessoriedade, pelo qual o acessório segue a sorte do principal, podendo-se afirmar que, considerado irregular o ato originário, os dele derivados também portam esse vício.

A regra vem explicitada no artigo 153 do atual Código Civil Brasileiro, que assim dispõe:

> *"Art. 153 – A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. A nulidade de obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal."*

Confira-se ainda, a respeito do tema, a decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, proferida, em grau de recurso, no TC 002505/006/06, da Relatoria do Conselheiro Robson Marinho, do seguinte teor:

"O princípio da acessoriedade decorre de previsão legal, contida no § 2º do artigo 49 da Lei de Licitações.

Também, provém do artigo 184[2] do Código Civil, que prevê que a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias.

Nesse ponto, não procede o argumento do recorrente, de que tal princípio, por ser de direito privado, não se aplica ao direito público, uma vez que o artigo 54 da Lei Federal de Licitações determina que aplicam-se aos contratos administrativos, supletivamente aos preceitos de direito público, "os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado."

Pelas razões alinhadas e por arrastamento, julgo irregulares todos os instrumentos ora analisados. (3.052ª S.O.)

[2] O artigo 184, citado na decisão transcrita, corresponde ao artigo 153 do atual Código Civil Brasileiro.