



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

Processos : TC – 10308.989.16-9

Representantes : Ricardo Augusto Machado da Silva, Marcos André Papa, Rodrigo Veiga Simões de Souza e Paulo da Silva

Representado : Município de Ribeirão Preto

Assunto : Representações para Exame Prévio de Edital (Pregão Presencial nº. 84/2016) do Município de Ribeirão Preto, objetivando a *"contratação de empresa devidamente credenciada pela Comissão de Valores Mobiliários, para prestação de serviços de estruturação, com posterior implementação de operação de securitização do fluxo de recuperação dos créditos inadimplidos junto a Secretaria Municipal de Fazenda (SMF) e Procuradoria Fiscal (PF) de Ribeirão Preto (cobrança administrativa e dívida ativa), correspondente à cobrança de direitos creditórios originários de tributos e demais créditos de natureza administrativa, parcelados ou não, em fase administrativa ou judicial, compreendendo também a prestação de serviços de suporte e apoio à recuperação dos créditos inadimplidos em cobrança administrativa e em dívida ativa, atendendo os moldes legais e normas da CVM vigentes.*

Excelentíssimo Senhor Conselheira Relatora,

Em exame **Representação** formulada para **Exame Prévio do Edital do Pregão Presencial nº 84/16** deflagrado pelo **Município de Ribeirão Preto**, objetivando a securitização total da dívida ativa municipal.

Os itens e as razões de insurgência foram sintetizados na decisão que determinou a suspensão do certame (evento 8.1).

Cientificada (evento 12.1), a Origem apresentou defesa alegando, em síntese, a regularidade do certame (evento 40.1).

Instada, **ATJ-Economia** manifestou-se pela **procedência parcial** das impugnações (evento 62.1).



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

ATJ-Chefia, por seu turno, firmou convicção preliminar pela **anulação do certame** e, no mérito, pela **procedência parcial** da Representação (evento 62.2).

Nesse contexto, vêm os autos eletrônicos ao MPC para parecer como *custos legis*.

É o relatório.

De início, diante dos judiciosos apontamentos realizados por d. ATJ-Chefia em relação à **(i) impossibilidade jurídica de realização do objeto diante da ofensa ao art. 144 da Lei Orgânica do Município de Ribeirão Preto (não vinculação da receita de impostos); (ii) inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº. 2.720/15 face ao disposto nos incisos IV e V do artigo 176 da Constituição Estadual; (iii) vedação à cessão do fluxo de recebimentos de qualquer espécie de compromisso financeiro que possa se caracterizar como operação de crédito, nos termos da LRF (Resolução nº. 17/2015 do Senado Federal; (iv) ofensa à Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 32, caput e 1º), haja vista tal operação não ser contabilizada como operação de crédito;** aos quais o MPC se filia, a **decretação de nulidade** do certame é medida que se impõe. Além disso, os questionamentos acerca da *qualificação técnica* exigida, também abordados pela Chefia de ATJ em sua manifestação, evidenciam a impropriedade das disposições editalícias, conforme exposto pelo órgão técnico.

Dentre os diversos vícios verificados no edital, que comprometem o prosseguimento da licitação nos termos previstos, passa-se a abordar aqueles que o MPC/SP julga serem os principais.

1. INCONSTITUCIONALIDADE DA LCM 2.2720/15

Quanto à inconstitucionalidade presente na Lei Complementar Municipal, a d. Chefia de ATJ já adiantou a incompatibilidade da norma



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

com as Constituições Federal e Estadual, além da Lei Orgânica Municipal de Ribeirão Preto, na medida em que viola o princípio da não vinculação da receita impostos.

Ressaltou-se, inclusive, pronunciamento desta Corte exarado nos TCs-6777.989.15-3 e 6848.989.15-8 em que o Tribunal, nada obstante tenha afastado a inconstitucionalidade em relação à cessão pretendida na ocasião pelo DAERP, em razão de não se cuidar da transferência de receita de impostos, reconheceu que a vinculação de tal espécie de receita tributária contraria a Constituição e a Lei Orgânica de Ribeirão Preto, conforme precedente do TJDFR citado no corpo do voto condutor prolatado pelo Exmo. Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho.

A tudo que já foi exposto ao longo da instrução, acrescenta-se que a separação pretendida pelos defensores do modelo de securitização – entre o crédito tributário e o *fluxo de cobrança da dívida* – parece artificial e despropositada, representando apenas um recurso semântico destinado a afastar a vedação preconizada pelo inciso IV do art. 167 da Constituição.

Não é possível que se separem os atributos indisponíveis do crédito tributário do fluxo financeiro auferido de sua cobrança, na medida em que tais recursos apenas ingressam nos cofres públicos em razão de sua natureza tributária, que legitima a imposição da cobrança aos particulares, pelo Estado, com uma série de prerrogativas legais. É dizer, dito “fluxo financeiro resultante da cobrança da dívida ativa” tributária nada mais é do que o próprio tributo pago a destempo, pois como define o próprio CTN em seu art. 3º tributo é a “prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

De outro lado, ainda que se adotasse tal separação entre “crédito inscrito em dívida” e “fluxo financeiro decorrente da atividade de cobrança”, tem-se que não estaria afastada a ofensa ao inciso IV do art. 167 da Constituição. Mantendo-se tal apego a termos diversos que remetem a um mesmo objeto (qual seja, ingresso de recursos de impostos nos cofres públicos), haveria que se concluir que a Lei Maior não protegeu a vinculação



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

do crédito tributário decorrente de impostos, mas sim a vinculação da receita de impostos.

Portanto, ainda que se separe o crédito tributário de seu fluxo de arrecadação, conclui-se que tal fluxo nada mais é do que a receita decorrente de impostos pagos a destempo, cuja vinculação é vedada pelo texto constitucional.

Com isso se conclui pela impossibilidade de cessão dos recursos de impostos auferidos em cobrança da dívida ativa municipal ao FECIDAT.

**2. DESRESPEITO À LRF E À RESOLUÇÃO Nº 43/2001 DO
SENADO FEDERAL**

Também ao abordar a questão dos limites trazidos pela LRF e pela Resolução 43 de 2001 do Senado Federal, a Chefia de ATF adotou posicionamento que coincide com aquele defendido por este MPC.

Nas transcrições de manifestação que aparenta ter sido exarada pelo Ministério Público de Contas junto ao TCU ficou demonstrado que a operação pretendida pelo Município se enquadra no conceito de operação de crédito constante do inciso III do art. 29 da LRF.

De fato, por meio da securitização pretendida, o ente, cedendo fluxo financeiro da cobrança, antecipa recursos que apenas ingressariam nos cofres públicos posteriormente, comprometendo a arrecadação futura da dívida ativa municipal por diversos anos.

Com isso, além de um indevido prejuízo às administrações municipais futuras, cujos esforços de cobrança servirão, em grande parte, para a remuneração de investidores, configura-se, como evidenciado na manifestação de ATJ, uma espécie de compromisso financeiro do Município, contrariando a vedação estabelecida pela alínea “b” do inciso VII do art. 5º da Resolução 43 de 2001¹.

¹ Art. 5º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
VII - em relação aos créditos inscritos em dívida ativa:



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

Em recente parecer exarado no processo TC-016.585/2009-0, o MPC junto ao TCU novamente aborda a questão do compromisso financeiro assumido pelos entes federados nas operações de securitização, aduzindo corretamente que:

“A expressão ‘compromisso financeiro’ invocada na Resolução SF 17/2015, cumpre lembrar, foi importada da Lei de Responsabilidade Fiscal, que assim prediz:

‘Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

(...)

III - operação de crédito: **compromisso financeiro** assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;’

Consoante manifestação do Ministério Público de Contas em intervenção anterior no presente feito (peça 130, p. 6), o conteúdo da expressão “compromisso financeiro” deve ser interpretado de forma ampla, pois esta é a tônica da legislação ao disciplinar o endividamento dos entes públicos. Por isso mesmo, o mencionado inciso III faz alusão a “*outras operações assemelhadas*”, dada a absoluta impossibilidade de o legislador prever, em *numerus clausus*, todas as hipóteses do gênero, especialmente quando há tanta criatividade para criação de mecanismos de burla à responsabilidade fiscal.

Vale dizer, o conceito de compromisso financeiro positivado no inciso III do artigo 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal não se restringe apenas às operações que envolvam, por parte do estado ou do município, a assunção de um risco ou de um compromisso de adimplência.

(...)

a) ceder o fluxo de recebimentos relativos aos direitos creditórios da dívida ativa de forma não definitiva ou com cláusula revogatória; [Inciso com redação dada pela Resolução nº 17, do Senado Federal, de 11/11/2015](#)

b) ceder o fluxo de recebimentos relativos aos direitos creditórios da dívida ativa com assunção, pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, perante o cessionário, de responsabilidade pelo efetivo pagamento a cargo do contribuinte **ou de qualquer outra espécie de compromisso financeiro que possa, nos termos da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, caracterizar operação de crédito.** [Inciso com redação dada pela Resolução nº 17, do Senado Federal, de 11/11/2015](#)

c) [Inciso acrescido pela Resolução nº 11, do Senado Federal, de 31/8/2015, e revogado pela Resolução nº 17, do Senado Federal, de 11/11/2015](#)



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO 7ª Procuradoria de Contas

A essência do conceito de operação de crédito da LC 101/2000 consiste na existência de compromisso financeiro no sentido de compromisso de pagar, isto é, o conteúdo material do conceito diz com a constituição de dívida financeira para o ente, considerando que a finalidade da disciplina das operações de crédito instituída pela LRF é *"a de servir de instrumento normativo para uma, nos termos da própria lei, 'gestão fiscal responsável'"* (Parecer PGFN/CAF/1612/2012, peça 44, p. 12, item 14).

Em relação a Belo Horizonte, não há cessão da dívida ativa. Ela continua de titularidade do município. Não há a alienação de um ativo, há a obrigação de entregar ao FIDC, prioritariamente, o fruto da arrecadação da aludida dívida, cabendo ao município o excedente arrecadado. Isso é claramente um compromisso financeiro.

No caso, não é a simples "antecipação de receita futura" que está sendo equiparada a operação de crédito e vedada pela LRF, mas a obtenção de receita no presente com base em compromisso financeiro – isto é, compromisso de pagar no futuro.

...como regra geral em negócios da mesma natureza, o ente federado promete entregar, no futuro, o produto do adimplemento da dívida ativa, mas, em troca, de imediato, na data da operação, recebe um conjunto de ativos (cotas). Clara está a natureza da transação: operação de crédito, visto que se adquire um ativo no presente (cota) com promessa de pagamento futuro (peças 8, p. 21, item 132, e 28, item 27). Aumenta-se, assim, o endividamento do ente federado.

Repita-se: a modelagem ora em análise, vale lembrar, envolve a promessa de, no futuro, entregar o bem "dinheiro" ao FIDC, quando ele vier a existir, ou seja, assim que os contribuintes efetuarem os respectivos pagamentos (peça 8, pp. 28/9, item 191).

Em suma, o fundo tem, em seu ativo, um direito junto ao ente federado, o qual representa, para a unidade federativa, um **compromisso financeiro** assumido junto ao fundo, ante a integralização de cotas deste (peça 39, item 74).

Assim, ainda que não haja assunção de risco ou concessão de garantia pelo ente federado, a mera antecipação de recursos no âmbito de fundo que tenha em sua constituição direitos creditórios que se enquadrem na hipótese prevista no artigo 1º, § 1º, inciso II, da Instrução-CVM 444/2006, associada a compromisso financeiro (obrigação de, no futuro, pagar ou repassar valores), caracteriza, por si só, operação de crédito e requer autorização expressa do Ministério da Fazenda, emitida nos termos do artigo 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não é demais frisar: o conceito de operação de crédito trazido pela Lei de Responsabilidade Fiscal é muito mais amplo e abrangente do que o conceito



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

clássico de operação de crédito usualmente utilizado (peça 8, p. 29, item 193) e o legislador não fez isso à toa ou por capricho, fez isso prevendo a criatividade dos entes federados na tentativa de engendrar fórmulas de obtenção de recursos no presente com o comprometimento da arrecadação futura.

Não importa se os fatos geradores já ocorreram, trata-se de arrecadação futura que está sendo objeto de uma troca intertemporal mediante a qual seu provável valor futuro é entregue no presente ao ente federado por alguém, mediante desconto de uma taxa de juros explícita ou implícita, tornando-se esse alguém credor do valor futuro. Trata-se de operação assemelhada à operação de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO), prevista no artigo 38 da LRF, que também se aplica a tributos cujos fatos geradores já ocorreram.

O exame acerca dos FIDCs não pode receber interpretação literal, isolada, restritiva ou formalista, pois foi o legislador complementar quem atribuiu, ao conceito de operação de crédito, contornos diferenciados, justamente por nele inserir um escopo de largo alcance, como faz prova a expressão *"compromisso financeiro assumido em razão de ... e outras operações assemelhadas"*.

(...)

Por todo o exposto, a conclusão do Ministério Público de Contas é de que a expressão "qualquer outra espécie de compromisso financeiro" prevista na atual redação do artigo 5º, inciso VII, alínea "b", da Resolução SF 43/2001 refere-se tanto a compromissos intrinsecamente associados ao objeto do negócio, como a compromissos não intrinsecamente associados, visto que todos concorrem para o comprometimento de receitas futuras." (grifos do original)

Para encerrar a questão, importante ressaltar que se encontra na ordem do dia do Senado Federal o Projeto de Lei 204 de 2016, cujo objeto é justamente promover alterações na Lei 4.320/64, autorizando e disciplinando a pretendida cessão de direitos creditórios (comparativo entre o PL e texto de seu substitutivo anexo).

Uma das alterações legislativas propostas busca justamente a excluir tais cessões do conceito de operação de crédito constante da Lei de Responsabilidade Fiscal, evidenciando que, à luz das normas hoje vigentes (principalmente o disposto na LRF), a operação configura-se sim uma



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

operação de crédito, estando, portanto, vedada em modelo como o proposto pelo Município de Ribeirão Preto.

Ora, se à União a Constituição reservou no art. 24 a competência para legislar sobre normas gerais de Direito Financeiro, e o Senado Federal estuda alterar a legislação nacional para fins de permitir as aludidas operações de cessão de direitos creditórios sem caracterizá-las como operações de crédito, há que se concluir que, até que apreciada a questão pelo Congresso Nacional, tais operações devam observar as normas e conceitos atuais da LC 101/00, enquadrando-se na definição legal de operação de crédito.

Nestes termos, como exposto pela Chefia de ATJ, o Município encontra-se impedido de contratar a operação nos moldes atuais.

Abordadas as questões que impedem a realização da licitação pretendida, impondo um juízo de nulidade, passa-se a abordar aqueles que, na visão do MPC, são os princípios vícios do instrumento convocatório sob análise.

3. DAS DISPOSIÇÕES SOBRE A REMUNERAÇÃO CONTRATUAL – CONTRADIÇÕES E IMPRECISÕES

As cláusulas de pagamento definidas na minuta do contrato que acompanha o edital revelam contradições e imprecisões que não se compatibilizam com a objetividade e transparência exigidas pela Lei 8.666/93 na realização de procedimentos licitatórios. Não é por outra razão que os representantes suscitam várias questões acerca das previsões que envolvem a remuneração da contratada.

I – Iniciando pelo pagamento do *serviço de estruturação*, tratado na cláusula 6.2.1 da minuta (anexo V), verificam-se contradições sobre o



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

momento de pagamento dos valores devidos à contratada, bem como acerca da própria subsistência da obrigação de remunerar o vencedor, caso a operação almejada pela contratação venha a fracassar.

A cláusula 6.2.1.1 estabelece que a remuneração será devida uma única vez e que *“será suportada exclusivamente com os recursos decorrentes da negociação dos Ativos Financeiros emitidos”*.

Logo, a leitura do item levaria à conclusão de que apenas após a devida estruturação do modelo securitizador e do sucesso na comercialização dos ativos por ele criados, com efetivo ingresso de receitas para o Município, é que seria devida a remuneração à contratada.

Tal modelo mostra-se mais seguro, pois isentaria o ente federativo de pagar milhões de reais por um serviço que, normalmente, corre sérios riscos de não lograr êxito, na medida em que a comercialização do “fluxo de arrecadação” depende de interesse daqueles que atuam no mercado de capitais. É dizer, a depender da forma como a operação seja estruturada pela contratada e dos juros definidos para serem pagos aos investidores, há a possibilidade de que não se efetive a securitização.

Seguindo, a despeito desta disposição inicial, já na cláusula seguinte, 6.2.1.2, a minuta estabelece que a remuneração será devida a partir do *“início da estruturação do Modelo Securitizador de Créditos, mas a obrigação de pagamento somente existirá a partir do momento em que houver a aprovação das características dos Ativos Financeiros a serem emitidos, junto a Contratante...”* conforme definido no cronograma apresentado na Tabela 01, item 5.2 da minuta.

Vê-se que esta segunda cláusula não mais condiciona o pagamento de remuneração ao sucesso da operação, pois antecipa a obrigação para um momento anterior à emissão de ativos ao mercado, ou seja, a partir da montagem do “modelo securitizador de créditos”. A simples análise da Tabela 1 mencionada evidencia que a aprovação das características dos ativos pelo município contratante precede a colocação dos ativos no mercado, logo, antecede o momento em que possa haver algum ingresso de recurso decorrente da negociação de ativos.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

Ademais, a redação da cláusula é confusa ao prever que a remuneração será devida desde o início da estruturação, mas que a obrigação de pagamento só nasce da aprovação pelo Comitê Gestor do FECIDAT.

Além disso, a cláusula 6.2.1.5 conflita com as disposições dos itens 1.2.1.4, 5.1.1 e 5.2.1.6, pois enquanto a primeira prevê o cálculo do valor a ser pago pelo serviço de estruturação mediante a multiplicação da taxa acordada pelo *valor colocado no mercado de ativos*, estes últimos preveem que o valor do referido serviço será calculado com a multiplicação da taxa pelo *valor total dos ativos do Fundo*.

É dizer, enquanto a minuta contratual prevê a incidência da taxa sobre os valores efetivamente emitidos (meta de 150 milhões de ativos seniores e 300 milhões, de mezanino – Tabela 01 do anexo VII, p. 36 do edital), os itens do termo de referência estabelecem que o cálculo terá como base o estoque total do FECIDAT, estimado em mais de um bilhão de reais.

A respeito de tal conflito, tem-se que o pagamento do serviço de estruturação apenas pode ser calculado com base no valor dos ativos realmente emitidos ao mercado, uma vez que a atividade de estruturação busca justamente disponibilizar tais aplicações, que correspondem apenas a uma fração do estoque total, para os investidores, não havendo sentido que a taxa incida sobre o valor global da dívida ativa do município, trazendo ônus indevidos aos cofres públicos.

II – Passando ao *serviço de administração*, tratado de forma vaga e imprecisa no edital, os representantes questionam a cláusula 6.2.3.7, repetida no item 1.2.3.7 do Termo de Referência, na medida em que, curiosamente, “a Prefeitura escolheu pagar sempre o que for mais favorável à empresa Contratada”.

De fato, é incompreensível que o Município tenha eleito a **maior base de cálculo** entre o *valor total do estoque da dívida especificado no edital* (mais de um bilhão de reais) e o *volume total atualizado de créditos cedidos que não tenham sido amortizados* para fins de cálculo da remuneração da contratada.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

Ora, a tendência é que, com o passar dos anos, a atividade de cobrança reduza o montante dos créditos cedidos ainda não amortizados consideravelmente, não se justificando que o Município continue a remunerar a contratada por um serviço de administração calculado sobre o valor inicial do estoque de dívida ativa cujo fluxo foi cedido.

Na forma prevista no edital, caso após quatro anos de vigência contratual restem apenas R\$650.000.000,00 do estoque inicial de mais de R\$1.000.000.000,00 cedido, ainda assim a contratada receberá remuneração como se continuasse a “administrar” estoque superior a um bilhão de reais.

As referidas disposições estabelecem obrigação lesiva ao interesse público, devendo ser suprimidas. Alternativamente, entende-se que o Município deva substituir o termo “aquilo que for maior” por “*aquilo que for menor*”.

III – Em último lugar, no que tange ao pagamento do *prêmio de performance*, a cláusula 6.2.4.1.1 prevê o início do pagamento do prêmio de performance “*a partir do momento em que for iniciada a implementação da infraestrutura e dos serviços de apoio para a melhoria nos processos de cobrança dos créditos*”.

Porém, em momento algum o edital define o que será considerado “*início da implementação da infraestrutura*” para fins de pagamento do prêmio de performance, de modo que, em tese, bastaria à contratada fornecer o primeiro software ou hardware para iniciar a receber vultosas quantias de recursos públicos a título de remuneração. É necessário que o edital fixe parâmetros a serem observados e requisitos mínimos de estrutura e prestação do serviço antes de autorizar o pagamento do referido prêmio.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

**4. DO PRÊMIO DE PERFORMANCE – COMPOSIÇÃO DA
“BASE” – FÓRMULA DE CÁLCULO –
PROPORCIONALIDADE NO PAGAMENTO EM CASO DE
ATINGIMENTO PARCIAL – ADIANTAMENTO DE
PAGAMENTO SEM VERIFICAÇÃO DA EXECUÇÃO DO
SERVIÇO**

Ao longo da execução da contratação em tela, a municipalidade previu o pagamento de “prêmio de performance” por aumento no volume de recuperação de créditos, conforme se extrai da cláusula 6.2.4.1 da minuta contratual (anexo V).

De início, ainda que a contratação envolva serviços de “apoio para a melhoria nos processos de cobrança” dos créditos, é de se rememorar que a atividade de cobrança da dívida ativa é de natureza vinculada e privativa dos órgãos executivos municipais, de modo que, ainda que haja algum incremento decorrente do suporte prestado pela contratada, não é possível estabelecer-se um liame direto entre o incremento na arrecadação e a atuação da contratada.

É dizer, assim como se tem verificado ao longo dos exercícios (entre 2013 e 2015 a arrecadação saltou de R\$21.384.982,22 para R\$45.550.702,00), os eventuais futuros aumentos de arrecadação decorrerão, em grande parte, da atividade exercida pelos servidores públicos. Nada obstante, a contratada receberá generosa retribuição proporcional ao aumento de arrecadação – conforme estabelecido pelo item 1.2.4.3 do Termo de Referência e 6.2.4.3 da minuta contratual –, configurando possível enriquecimento sem causa. Neste ponto, na visão do MPC, razão assiste aos representantes ao questionarem o pagamento de tal adicional.

Mas não é só. Verificam-se outros problemas no pagamento do referido prêmio.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

I - Em primeiro lugar, chama-se a atenção para forma de cálculo da “Base”, adotada como parâmetro de aferição e cálculo do prêmio de performance.

Estabelecem a cláusula 6.2.4.2.2 da minuta contratual (anexo V) e o item 1.2.4.2.2 do Termo de Referência que o parâmetro de arrecadação histórico adotado como “Base” para cálculo do referido prêmio será *“a média da apuração realizada nos exercícios 2013, 2014 e 2015, sendo que a base não será alterada durante a execução do contrato”*. Uma vez calculada, apenas se previu sua atualização anual pelo índice de inflação².

Uma irregularidade inicial que salta aos olhos é o fato de que, apesar de prever a atualização anual pelo IPCA da base *já calculada*, sequer houve a previsão de incidência da correção pelo índice inflacionário dos valores de arrecadação de 2013-2015 para fins de cálculo da média aritmética da qual resultará a definição inicial da “Base”. Isto por si só já representa prejuízo ao Município, vez que o “incremento” de arrecadação será apurado em comparação com um parâmetro desatualizado do ponto de vista monetário.

De outro lado, considera-se extremamente prejudicial aos cofres públicos a fórmula adotada para fixação da referida “Base”. Como se adiantou, arrecadação da dívida em 2013 foi de R\$21.384.982,22, em 2014 atingiu R\$ 36.181.201,28, fechando 2015 com R\$ 45.550.702,00. Com isso, chega-se à média de arrecadação, em valores históricos – como previsto pelo edital –, de R\$ 34.372.295,16, valor este que será adotado como base para o cálculo do prêmio de performance.

Portanto, o parâmetro adotado para o cálculo do prêmio de desempenho na atividade de arrecadação será **R\$11.178.406,84 menor do que a arrecadação do exercício de 2015!** Assim, qualquer aumento **real** na arrecadação no exercício de 2016, ainda que pouco relevante em relação ao exercício de 2015, já será suficiente para que se considere atingida a **meta de**

² Anexo V – “6.2.4.2.3- A Base, uma vez calculada e definida, deverá ser reajustada anualmente pelo índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, para fins do cálculo da Taxa de Performance anual”. No mesmo sentido, o item 1.2.4.2.3 do Termo de Referência.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

arrecadação (para fins contratuais, estabelecida como *Base +40%*) e se pague à contratada o prêmio de performance de 15%.

Além disso, como a minuta prevê a imutabilidade da *Base*, apenas admitindo sua atualização pela inflação (item 1.2.4.2.2 e 1.2.4.2.3 do Termo de Referência e cláusula 6.2.4.2.3 da minuta constante do anexo V), uma vez atingida a frágil meta acima exposta, bastará que o Município aumente o valor arrecadado no percentual da inflação (ou seja, sem qualquer incremento real, visto que o índice inflacionário apenas reflete a atualização do valor da moeda) para que a contratada faça jus ao pagamento integral do prêmio de performance de 15% durante toda a vigência do contrato.

De tudo que se expôs, conclui-se que, ainda que admitida a manutenção do referido prêmio, deve ser determinada a sua retificação, para que: a) a *Base* inicial corresponda ao montante arrecadado em 2015, com a incidência de correção monetária; b) seja prevista a atualização da *Base* nos anos subsequentes, para que esta, caso haja aumento real de arrecadação, passe a corresponder à arrecadação do exercício em que apurado tal incremento, corrigida pela inflação. Não sendo apurado incremento nos exercícios, a *Base* deve corresponder à arrecadação do exercício cujo maior valor foi cobrado.

Com isso se garante que o prêmio de performance só será pago em caso de proveito real ao Município, e não em face de um aumento fictício.

II – A fórmula adotada para o cálculo do prêmio de performance prejudica o Erário, na medida que estabelece pagamento desproporcional à contratada.

Nos termos do edital, para atingimento da meta de incremento de arrecadação – e consequente pagamento integral do prêmio à contratada –, é necessário o aumento de “40% (*quarenta por cento*), acima do parâmetro de arrecadação histórico (*‘Base’*)” – item 1.2.4.2 do termo de referência.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

Ou seja, caso atingida a arrecadação de R\$48.121.213,23³ em 2016, a contratada já faria jus ao pagamento de prêmio correspondente a 15% do “aumento de arrecadação em relação a *Base*”⁴, gerando o pagamento de R\$2.062.337,71⁵ à contratada ainda que o aumento real de arrecadação corresponda apenas a R\$2.570.511,23⁶. Dessa forma, nesta hipótese, **praticamente todo o aumento de arrecadação** verificado no exercício seria vertido à contratada!

Além disso, como a cláusula 6.2.4.3 da minuta contratual estabelece a obrigação de pagamento de prêmio de performance proporcional ainda que não atingida a meta de 40% de incremento *em relação à Base*, o contrato preveria o pagamento de prêmio de performance mesmo que haja decréscimo na arrecadação da dívida ativa!

Um exemplo ajuda a demonstrar esta possibilidade:

- a arrecadação em 2015 foi de R\$45.550.702,00.
- a *Base* calculada conforme o edital, com visto, corresponderia a R\$ 34.372.295,16.
- se, por hipótese, em 2016 o Município, em virtude da crise, arrecadasse apenas R\$ 41.246.754,192, verificar-se-ia um **decréscimo real** de arrecadação de R\$4.303.947,808; porém, como a minuta prevê que, para fins de cálculo do prêmio de performance, o aumento de arrecadação será apurado em relação à Base (já citada cláusula 6.2.4.3 do anexo V), **para fins contratuais haveria um acréscimo de R\$ 6.874.459,03⁷, correspondente ao incremento de 20% no produto da atividade de cobrança.**

³ R\$34.372.295,16 (média 2013/2015, que corresponde à “*Base*”) + 40% = R\$48.121.213,23

⁴ **Anexo V - “Cláusula 6.2.4.3 – A Taxa de Performance que será aplicada sobre o aumento de arrecadação em relação a Base**, para o cálculo do Prêmio de Performance, terá o valor máximo de 15,00% (quinze por cento), sendo tal percentual ajustado proporcionalmente e pró-rata ao atingimento da meta de aumento de arrecadação de 40% (quarenta por cento) **acima da Base**. (...)” (grifos MPC).

⁵ R\$48.121.213,23 (Base +40%) - R\$ 34.372.295,16 (Base) = R\$13.748.918,07 x15% (prêmio performance) = R\$2.062.337,71 (remuneração contratada).

⁶ R\$48.121.213,23 (Base +40%) - R\$ 45.550.702,00 (arrecadação de 2015)= R\$ 2.570.511,23

⁷ 41.246.754,192 (arrecadação de 2016, no exemplo) - R\$ 34.372.295,16 (Base) = R\$ 6.874.459,032.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

- nos termos da cláusula 6.2.4.3 da minuta, referido aumento de 20% na arrecadação geraria direito da contratada de receber metade do percentual do prêmio de performance, ou seja, 7,5%.
- disso se extrai que seria devido à contratada **R\$ 515.584,42⁸** a título de prêmio por aumento de arrecadação quando na verdade, como visto, em relação ao exercício anterior teria havido **decrécimo real** de **R\$4.303.947,80** no ingresso de valores referentes à dívida ativa municipal.

Vê-se, de pronto, que o referido adicional, além de ser questionável quanto à própria possibilidade de sua existência, como adiantado anteriormente, foi concebido de forma a se mostrar como altamente danoso ao Erário, gerando enriquecimento sem causa do contratado, com a possibilidade do pagamento de prêmio de desempenho ainda quando apurada diminuição de arrecadação.

III – Outra irregularidade que ronda o famigerado “prêmio de performance” previsto no edital é a possibilidade de seu pagamento proporcional, qualquer que seja o incremento da arrecadação (cláusula 6.2.4.3 e 6.2.4.4 da minuta contratual e itens 1.2.4.3 e 1.2.4.4 do termo de referência).

O mercado de capitais, em alguns casos, adota o pagamento de “taxa de performance” para remunerar o gestor que consegue atingir metas de rendimento previamente estabelecidas. Tais metas, usualmente chamadas de *benchmarks* e referidas na Instrução CVM nº 409/204 como parâmetros de referência, marcam o desempenho extraordinário do gestor, remunerando o rendimento acima do esperado obtido.

Tratando da taxa de administração, a referida Instrução dispõe no art. 62 que:

Art. 62. O regulamento poderá estabelecer a cobrança da taxa de performance, ressalvada a vedação de que tratam os arts. 93, 94 e 95.

⁸ R\$6.874.459,03*7,5%= R\$515.584,42



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

§1º A cobrança da taxa de performance deve atender aos seguintes critérios:

I – vinculação a um parâmetro de referência compatível com a política de investimento do fundo e com os títulos que efetivamente a compoñham;

II – vedação da vinculação da taxa de performance a percentuais inferiores a 100% do parâmetro de referência;

III – cobrança por período, no mínimo, semestral;

IV – cobrança após a dedução de todas as despesas, inclusive da taxa de administração, podendo incluir na base do cálculo os valores recebidos pelos cotistas a título de amortização ou de rendimentos nos termos do art. 42. (grifou-se)

Ainda que tal normativo exclua determinados fundos do âmbito de sua aplicação (art. 1º, parágrafo único)⁹, as regras fixadas refletem o tratamento dado à taxa de performance no mercado de capitais.

Dessa forma, seu pagamento só se justifica quando atingido 100% do parâmetro de referência (*benchmark*), de modo que o pagamento proporcional estabelecido pelo Município contraria a lógica do mercado, que, por meio da premiação, busca estimular o gestor a não só incrementar ganhos (atividade remunerada pela taxa de administração), mas também a superar as metas inicialmente estabelecidas, com ganhos excepcionais para os investidores (ganhos estes que justificam o pagamento da taxa de performance).

Transportada esta lógica para a contratação em tela, os incrementos de arrecadação já gerarão ganhos à contratada por meio do pagamento da taxa de administração, de modo que o pagamento do prêmio de performance só se justifica se atingida completamente a meta de incremento de arrecadação.

Portanto, eventual admissão do prêmio, na visão do MPC, deve excluir a possibilidade de pagamento em caso de atingimento parcial da meta de recuperação de créditos.

⁹ Como o edital não define de maneira clara qual seria o “modelo securitizador” a ser adotado, não é possível saber qual será a forma legal adotada para sua instituição.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

IV – Por fim, verifica-se ainda vício no item 1.2.4.6.1 do termo de referência e na cláusula 6.2.4.6.1 da minuta contratual ao fixarem o cálculo e início do pagamento do prêmio de performance já na data de assinatura do contrato, partindo de mera *“premissa que no primeiro ano será atingida a meta de aumento de 40% de arrecadação sobre a Base”*.

Como se nota, a municipalidade contraria o rito das despesas públicas, prevendo o pagamento de parcela do serviço que ainda não foi executada (auxílio no atingimento da meta), adotando presunção ilegal de que o serviço será executado corretamente, atingindo o resultado esperado.

Os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64 determinam que *“o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação”*, sendo que esta consiste *“na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”*. Adiciona ainda o inciso III do §2º do art. 63 que a liquidação terá por base *“os comprovantes da entrega de material ou da **prestação efetiva do serviço**”*.

Também a Lei 8.666/93 disciplina o pagamento de bens e serviços estabelecendo na alínea “a” do inciso XIV do art. 40 que o edital fixará as condições de pagamento prevendo *“prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela”*. Mais adiante, o art. 65, II, “c” da Lei de Licitações estatui que os contratos administrativos poderão ser alterados, por acordo das partes, *“quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, **vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço**”*.

Portanto, constata-se que o ordenamento jurídico apenas admite o uso de verbas públicas para o pagamento de *serviços já executados em favor do ente público*, não se admitindo a presunção de atingimento da meta no primeiro ano, com a antecipação do pagamento do prêmio em função de um desempenho que sequer se sabe se será atingido.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

Ainda que o contrato preveja no item 6.2.4.6.2 a equalização quadrimestral entre os valores pagos (previsão de atingimento da meta x efetivo aumento da arrecadação), não é possível que o ente público antecipe tais pagamentos, até mesmo porque se corre o risco de o prêmio ser pago antecipadamente e a meta nunca ser atingida, o que prejudicaria a equalização pretendida.

Nesse sentido, em sendo mantido o referido prêmio, seu pagamento deve ser condicionado ao incremento anterior da arrecadação, com atingimento **real** da meta.

**5. RECUPERAÇÃO JUDICIAL – INAPLICABILIDADE ÀS
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

O item 7.6.3.1 prevê a possibilidade de sociedade em recuperação judicial participar do certame. Porém, considerando-se que a eventual contratada, para a prestação do objeto, deva ser instituição financeira, não se aplica a Lei 11.101/05 (art. 2º, inciso II) – e, portanto, o instituto da recuperação judicial –, uma vez que tais instituições sujeitam-se a intervenção e liquidação extrajudicial pelo Banco Central (Lei nº 6.024/74).

**6. FORMULÁRIO DE PROPOSTAS (ANEXO I) E ITEM 8.6 –
INEXISTÊNCIA DE CAMPO DESTINADO À TAXA DE
DISTRIBUIÇÃO**

Extraí-se do item 8.6 do edital que apenas a taxa de performance na recuperação de créditos é tida como fixa (15%), estando as demais (taxas de estruturação, distribuição e administração) sujeitas à disputa por meio do procedimento licitatório, devendo ser observados os limites máximos impostos pelo referido item editalício.

Nada obstante, o Anexo I (“Formulário Oficial de Proposta”) apenas prevê o preenchimento pelo licitante dos percentuais das taxas de



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
7ª Procuradoria de Contas**

estruturação, administração e global, não prevendo campo para a proposta de taxa de distribuição, a qual também seria disputada.

Da mesma forma, o item 8.11, ao descrever a fórmula adotada para efeito de julgamento do Pregão, não prevê a contabilização da taxa de distribuição, excluindo inexplicavelmente esta relevante fonte de custos da disputa.

Destarte, na visão do MPC, na improvável hipótese de o Tribunal autorizar o prosseguimento do certame, tem-se que o edital deva ser retificado para, em conformidade com o item 8.6, inserir também a taxa de distribuição no cálculo para fins de julgamento das propostas.

Em face de tudo que foi exposto, o Ministério Público De Contas de São Paulo posiciona-se pela declaração de nulidade do certame e opina pela procedência parcial da Representação, ressaltando ainda os demais pontos abordados ao longo do presente parecer, que evidenciam a total inadequação do presente edital para a realização da operação pretendida, sem que fique configurado desrespeito ao interesse público.

São Paulo, 08 de agosto de 2016.

JOÃO PAULO GIORDANO FONTES

Procurador do Ministério Público de Contas
(em substituição à titular da 7ª Procuradoria)

wwmc