

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PLENÁRIO
GABINETE DA CONSELHEIRA SUBSTITUTA ANDREA SIQUEIRA MARTINS

VOTO GA-3 – PROCESSO ELETRÔNICO /2017

PROCESSO: TCE-RJ Nº 104.981-6/17
ORIGEM: SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA E PLANEJAMENTO
ASSUNTO: EDITAL DE PREGÃO

EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL. SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA E PLANEJAMENTO. CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO. CONTRATO DE MÚTUO. RELEVÂNCIA DA CONTRATAÇÃO SOB OS PONTOS DE VISTA ECONÔMICO E SOCIAL. CONTRATO REGIDO PELAS NORMAS DO DIREITO PRIVADO. ARTIGO 62, §3º DA LEI 8.666/93. ADEQUAÇÃO DAS CLÁUSULAS À LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA E À REALIDADE DO MERCADO. CONHECIMENTO. DETERMINAÇÃO PARA ENCAMINHAMENTO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL EM FACE DE SUA RELEVÂNCIA E MATERIALIDADE. DETERMINAÇÃO PARA CORREÇÃO DO VALOR DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO TCU.

Trata o presente processo do **Edital de Pregão Presencial nº 002/2017**, encaminhado pela **Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento**, cujo **objeto é a contratação de instituição financeira para operação de crédito, na forma de contrato de mútuo.**

O valor da operação de crédito é de **R\$ 2.900.000.000,00 (dois bilhões e novecentos milhões de reais)**, sendo vencedor o licitante que apresentar o “menor custo da operação”.

A realização da licitação está designada para o dia **27.10.2017**, às 16:00 hs, conforme publicação no DORJ – Parte I de 17.10.2017.

Os elementos constantes do presente processo foram examinados pelo Corpo Técnico deste Tribunal, representado pela diligente **Coordenadoria de Exame de Editais (CEE)**, na **informação** constante do arquivo digital datado de **16.10.2017**, cuja conclusão destaco a seguir:

CONCLUSÃO

Ante o exposto, sugerimos a **COMUNICAÇÃO** ao Secretário de Fazenda e Planejamento do Estado do Rio de Janeiro, com base no §1º do art. 6º da Deliberação TCE-RJ nº 204/96, a constituir-se na forma sequencial dos incisos do artigo 26 do Regimento Interno, para que adote as medidas enumeradas a seguir:

1 – Adiar e manter esta licitação adiada sine die até que este Tribunal de Contas delibere conclusivamente sobre o conhecimento deste edital, encaminhando os comprovantes de publicação dos avisos de adiamento nos termos do art. 21 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 4º da Lei nº 10.520/02, além de divulgar a iniciativa no sítio eletrônico oficial (internet) em atenção ao que determina o art. 8º da Lei Nacional nº 12.527/11.

2 - Publicar, pela mesma forma que os avisos originais, o adiamento do certame, remetendo as cópias das publicações ao Tribunal de Contas, nos termos do art. 21 da Lei 8.666/93 c/c art. 4º da Lei 10.520/02.

3 – Encaminhar a **minuta do contrato** a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor, que deverá constar como anexo do edital, nos termos do artigo 40, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c os artigos 3º, inciso I, 4º, inciso III, e 9º da Lei Federal nº 10.520/02.

4 – Encaminhar **pesquisa de mercado** para a definição do critério de aceitabilidade, ou seja, o spread (percentual superior ao custo de captação de recursos no mercado) máximo admitido para o certame, justificando, ainda, os valores constantes da “Planilha de Equivalência – Valor Máximo”, anexada às fls. 66/67 do arquivo digital: 09/10/2017 – Editais de licitação (...).

5 - Detalhar, quando da remessa a este Tribunal, especificando item por item, através de errata, todas as alterações que porventura sejam feitas no ato convocatório, se for o caso, dando a devida publicidade à mesma, na forma no §4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93.

6 – *Enviar um edital consolidado, contemplando e destacando todas as alterações efetuadas por determinação desta Corte, bem como por iniciativa própria da Administração, conferindo a devida publicidade às alterações efetuadas, na forma do art. 21 da Lei nº 8666/93 c/c art. 4º da lei 10.520/02.*

O Ministério Público Especial, representado pelo Procurador Geral Sergio Paulo de Abreu Martins, em 18.10.2017, manifesta-se no seguinte sentido:

*Pelo exposto, opino pela **COMUNICAÇÃO** para que o jurisdicionado atenda às medidas de 1 a 6, sugeridas pelo Corpo Instrutivo (fls. 27/28), bem como esclareça:*

- a) qual a razão da previsão (no item 16.4) da imposição de “**penalidade**” ao mutuário na hipótese de **antecipação** do pagamento do financiamento?*
- b) se já efetuou a correção do valor da dotação orçamentária (abertura de crédito suplementar), adequando-o ao **novo valor** da operação de crédito supra referida (**R\$ 2.900.000.000,00**).*

Em 19.10.2017, o presente processo foi encaminhado ao meu Gabinete, para fins de relatoria.

Posteriormente, em 20.10.2017, foi remetido ao meu Gabinete o Doc. TCE-RJ nº 026.108-1/17, com elementos adicionais enviados pela Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento. O Corpo Técnico procedeu à instrução dos referidos elementos no próprio Doc. TCE-RJ nº 026.108-1/17, como se segue:

Versam os autos sobre documentos adicionais enviados pela Secretaria de Estado de Fazenda destinados a complementar o Edital de Pregão nº 02/2017 que tem por objeto a contratação de instituição financeira para operação de crédito de R\$2.900.000.000,00.

O edital respectivo tramita nesta Corte nos autos do processo TCE-RJ nº 104.981-6/17 encontrando-se nesta data com carga para o Gabinete da Conselheira Substituta Andrea Siqueira Martins.

Dentre os documentos ora encaminhados cabem os seguintes destaques e comentários:

1 – A Sefaz encaminha os comprovantes de publicação da Resolução designando os membros da comissão de licitação da Secretaria de Estado de Fazenda.

2 – A Sefaz encaminha o comprovante de publicação da convocação para a audiência bem como da Ata de Audiência Pública realizada em 25/07/2017 para tratar dos detalhes técnicos da operação de crédito autorizada pela Lei Complementar Federal nº 159/17.

3 – A Sefaz reencaminha os pareceres jurídicos aprovando o procedimento licitatório.

4 - A Sefaz reencaminha o edital com os seus anexos.

5 – A Sefaz encaminha novos comprovantes de publicação no Dorj e no Jornal O Fluminense dos avisos da licitação remarcando o certame para 27/10/2017.

6 – A Sefaz encaminha os comprovantes de publicação de errata alterando as seguintes regras do edital examinado por esta Corte:

6.1 – Foi retificada a data de realização do certame para 27/10/17.

6.2 – Foram retificadas as regras para a participação de consórcios passando o edital a admitir até quatro participantes nos consórcios.

6.3 – Nos consórcios formados com a participação de empresas estrangeiras a de capital nacional será a líder do consórcio.

6.4 – Nos consórcios podem ser somados os quantitativos de capital social de cada uma das consorciadas para efeitos de comprovação do capital mínimo exigido para fins de qualificação econômico financeira.

6.5 – Cada um dos membros dos consórcios deve comprovar individualmente os requisitos para habilitação.

6.6 – As alterações efetuadas no edital repercutiram nos itens 3.1 , 12, 12.1 13.1 14.7 e 16.6 do Termo de Referência em especial no que se refere a eventual aplicação de punição ao mutuante (vencedor do certame) caso a operação não se realize por causas atribuídas exclusivamente ao mutuante.

6.7 – Foi estabelecida nova redação para o subitem 16.6 do Termo de Referência no que se refere aos subcréditos decorrentes da operação.

Neste sentido, excluindo a nova data de realização do certame, as alterações efetuadas não alteram o mérito da análise deste processo, razão pela qual o processo pode seguir sua tramitação normal.

É o Relatório.

Ab initio, registro que atuo nestes autos por força dos Atos Executivos nºs 20.789 e 20.796, publicados no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente, nas datas de 04 e 11 de abril de 2017.

Com o Edital de Pregão Presencial nº 002/2017, objeto do presente processo, a Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento objetiva a contratação de instituição financeira para operação de crédito, na forma de contrato de mútuo.

Vale destacar que a operação de crédito em tela se encontra no contexto do Regime de Recuperação Fiscal, a que o Estado do Rio de Janeiro aderiu, em virtude da sua gravíssima e notória crise financeira.

Assim, antes de adentrar propriamente nos aspectos do edital de pregão em tela, é necessário traçar um breve panorama do Regime de Recuperação Fiscal.

O Regime de Recuperação dos Estados e do Distrito Federal foi instituído pela Lei Complementar nº 159/17, visando corrigir os desvios que afetaram o equilíbrio das contas públicas, por meio da adoção de medidas emergenciais e reformas institucionais, determinadas no plano de recuperação elaborado previamente pelo ente federativo que desejar aderir ao referido regime (art. 1º, § 2º).

Pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 159/17, o plano de recuperação fiscal do ente que aderir ao regime de recuperação deverá implementar, por lei ou conjunto de leis, as seguintes medidas:

- autorizar a privatização de empresas, com vistas à utilização dos recursos para quitação de passivos; adotar no Regime Próprio de Previdência Social mantido pelo Estado, no que couber, as regras previdenciárias da Lei nº 13.135/2015;

- reduzir os incentivos ou benefícios de natureza tributária das renúncias de receitas instituídos por lei estadual ou distrital, em, no mínimo, 10% (dez por cento) ao ano;

- rever o regime jurídico único dos servidores estaduais da administração pública direta, autárquica e fundacional para suprimir benefícios ou vantagens não previstos no regime jurídico único dos servidores públicos da União;

- instituir, caso cabível, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal;

- proibir a realização de saques em contas de depósitos judiciais; autorizar a realização de leilões de pagamento, nos quais será adotado o critério de julgamento por maior desconto, para fins de prioridade na quitação de obrigações inscritas em restos a pagar ou inadimplidas.

Já pelo artigo 11 do referido diploma legal, operações de crédito diversas poderão ser contratadas na vigência do regime de recuperação fiscal, dentre elas a antecipação da receita da privatização de empresa de que trata o art. 2º.

Com a finalidade de regulamentar a Lei Complementar nº 159/17, o Presidente da República expediu o Decreto nº 9.109/2017.

Dentre os dispositivos do mencionado Decreto de regulamentação, destacamos o artigo 13, § 4º, que preceitua que a garantia da União, nas operações de crédito de antecipação de receita da privatização de empresas, será limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação da referida empresa.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual nº 7.529/2017 autorizou o Poder Executivo a:

- alienar a totalidade das ações representativas do capital social da

Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE;

- contratar operação de crédito no valor de até R\$ 3,5 bilhões junto a instituições financeiras nacionais ou internacionais, organismos multilaterais e bilaterais de crédito, agências de fomento ou agência multilateral de garantia de financiamentos;

- oferecer em garantia à instituição credora e/ou em contragarantia à União as ações de sua titularidade, com o fim de viabilizar a obtenção de aval da União à operação de crédito de R\$ 3,5 bilhões (artigos 1º e 2º).

Nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei Estadual nº 7.529/2017, os recursos resultantes da operação de crédito deverão ser prioritariamente utilizados na folha de pagamento dos servidores ativos, inativos e pensionistas.

Em 29.08.2017, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.683, o Supremo Tribunal Federal prolatou a seguinte Decisão (Ministro Relator Luís Roberto Barroso):

DIREITO CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSO LEGISLATIVO. ATOS INTERNA CORPORIS. SENTIDO E ALCANCE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE LIMITAM OPERAÇÕES DE CRÉDITO (CF ART. 167, III E X).

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário interferir na tramitação de projetos de lei, quando estejam em questão matérias interna corporis, que não envolvam contrariedade às normas constitucionais disciplinadoras do processo legislativo. Precedentes.

2. A vedação do art. 167, III, da Constituição não impede a contratação de operações de crédito para o custeio de despesas correntes.

3. *Proíbe-se, somente, a contratação que exceda o montante das despesas de capital. Aliás, a mera autorização legislativa não afronta essa regra constitucional, mas apenas a contratação em si, se não respeitar os limites estabelecidos. 3. A Constituição Federal, em seu art. 167, X, veda a concessão de empréstimos por instituições financeiras estatais para o pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista. Impede-se, portanto, a alocação dessas receitas para o custeio de pessoal ativo e inativo. Não há na regra uma vedação absoluta à contratação de empréstimos junto a instituições financeiras estatais.*

4. *Além disso, a vedação estabelecida no art. 167, X, da Constituição diz respeito apenas a instituições financeiras estatais. A proibição não alcança as contratações realizadas com instituições financeiras privadas.*

5. *Medida cautelar concedida para o fim tão-somente de afastar do art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.529, de 07.03.2017, do Estado do Rio de Janeiro, interpretação que conduza à conclusão de que a operação de crédito autorizada pela Lei poderá ser realizada junto a instituições financeiras estatais para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, até o julgamento final da presente ação.*
(...)

*Diante do exposto, interpreto conforme a Constituição, ad referendum do Plenário (RI/STF, art. 21, V), o art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.529, de 07.03.2017, do Estado do Rio de Janeiro, para afastar entendimento que conduza à conclusão de que a operação de crédito autorizada pela Lei poderá ser realizada junto a **instituições financeiras estatais** para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, até o julgamento final da presente ação.*

(grifo meu)

Assim sendo, ante o disposto no artigo 167, X, da Constituição da República¹ e nos termos da mencionada Decisão do Supremo Tribunal Federal, restou

¹ Art. 167. São vedados:
(...)

impossibilitada a participação de instituições financeiras públicas na pretendida operação de crédito.

Pela Lei Estadual nº 7.629/2017 o Poder Executivo foi autorizado a aderir ao Regime de Recuperação Fiscal (art. 1º, *caput*).

Ainda na esfera do Regime de Recuperação Fiscal, a Lei Complementar Estadual nº 176/2017 fixou normas e diretrizes para o crescimento das despesas obrigatórias do orçamento fiscal e da seguridade social do Estado do Rio de Janeiro.

Em 05.09.2017, o plano de recuperação fiscal do Rio de Janeiro foi homologado junto ao Governo Federal, com previsão de medidas de aumento de receitas, redução de despesas, concessão de empréstimos e suspensão do pagamento das dívidas estaduais com a União.

Com a presente licitação, objetiva-se a contratação de instituição financeira para operação de crédito, no valor de R\$ 2.900.000.000,00 (dois bilhões e novecentos milhões de reais), na forma de contrato de mútuo, cujos recursos serão tratados como antecipação de receita de privatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Estado do Rio de Janeiro (CEDAE), oferecida em contragarantia à União, que é a garantidora da operação.

Também servirão de contragarantia à operação de crédito as receitas de que trata o artigo 155, bem como os recursos previstos no artigo 157 e 159, I, "a" e II, todos da Constituição da República².

X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

² Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

As sobreditas garantias estão amparadas pelo preceituado no artigo 11, § 1º e 2º da Lei Complementar nº 159/17.

O valor acima citado para a operação de crédito tomou por base 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação da CEDAE, nos termos do já mencionado artigo 13, § 4º, do Decreto nº 9.109/2017.

Conforme informações constantes do Ofício NT-SUBFIN/SEFAZ nº 071/2017 da Subsecretaria de Finanças da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento (fls. 11 a 47 do arquivo digital de 09.10.2017 – “outros documentos”), a avaliação da CEDAE “...demonstrada por meio de Relatório de Precificação da Totalidade das Ações da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, de 2 de outubro de 2017, apresentado pela Fundação Getúlio Vargas, por meio da FGV Projetos, resultou no valor de R\$ 8,02 bilhões, em moeda corrente de julho de 2017.”³

No entanto, prossegue o referido Ofício “Para fins de apuração do valor a ser contratado pelo ERJ nesta Operação, a Secretaria de Tesouro Nacional (STN), por verificar a necessidade de realização de due diligence, considerou como referência o patrimônio líquido da empresa em 31 de dezembro de 2016, no montante de R\$ 5.800.000.000,00 (cinco bilhões e oitocentos milhões de reais), disponível às fls. 40 do caderno de Economia do jornal Diário Comercial, de 24 de março de 2017,

III - propriedade de veículos automotores.

Art. 157. *Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:*

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

Art. 159. *A União entregará:*

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

(...)

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

limitando, assim, a operação de crédito em R\$ 2.900.000.000,00 (dois bilhões e novecentos milhões de reais), conforme estipulado no Decreto Federal nº 9.109/2017.

Como bem assinalado pela Coordenadoria de Exame de Editais (CEE), na informação constante do arquivo digital de 16.10.2017, anteriormente ao cadastramento deste Edital de Licitação, tramitou neste Tribunal consulta do Governador do Estado do Rio de Janeiro acerca da viabilidade da realização da operação de crédito para antecipação da receita de privatização de empresas estatais, bem como da seleção da instituição financeira através da modalidade licitatória do pregão (processo TCE-RJ nº 103.054-2/17).

Em Sessão de 06.07.2017, o Plenário desta Corte de Contas, nos termos do Voto do Conselheiro Relator Rodrigo Melo do Nascimento, assim decidiu:

*Dessa forma, rememoro a conclusão relativa aos **três quesitos** estabelecidos no decorrer da presente fundamentação:*

1. É possível que leis estaduais prevejam a privatização de empresas estatais, de acordo com a Lei Complementar nº 159/2017;

2. É possível que se realizem operações de crédito com instituições financeiras para antecipar a receita proveniente da privatização dessas empresas estatais, de acordo com a Lei Complementar nº 159/2017;

3. As operações de crédito com instituições financeiras para antecipar a receita proveniente da privatização das empresas estatais podem ser classificadas como contratação de serviço comum, nos moldes da Lei nº 10.520/2002, observadas as especificidades de cada caso concreto.

Tomando por base tais conclusões, entendo que o pregão pode constituir modalidade licitatória cabível, em tese, para viabilizar a contratação de operações de crédito lastreadas em ações de empresas estatais, com vistas à antecipação de receita oriunda da privatização dessas empresas, nos termos do art. 11, inciso VI, da Lei Complementar nº 159/2017.

Por fim, dada a especificidade e a complexidade da matéria, o Corpo Instrutivo

³ Cópia do Relatório de Precificação da Totalidade das Ações da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, elaborado pela FGV Projetos encontra-se às fls. 91 a 180 (arquivo digital de 09.10.2017 – “outros documentos”)

sugere algumas precauções à Administração, como forma de resguardar a ampla competitividade na busca por condições mais vantajosas, com as quais me coaduno, razão pela qual as transcrevo a seguir:

1 – Observar a necessidade de realizar audiência pública na forma prevista pelo art. 39 da Lei nº 8.666/93 considerando a hipótese do valor da operação superar aquele indicado pela norma.

2 – Conferir ampla publicidade à licitação, inclusive com divulgação e disponibilização do edital na internet, ainda que a Administração faça opção pelo pregão na modalidade presencial.

3 – Conceder às instituições um prazo razoável para a preparação de suas propostas, não se limitando a observar apenas o prazo de oito dias úteis entre a publicação do aviso da licitação e o recebimento das propostas.

4 – Considerando que compete à Secretaria do Tesouro Nacional estabelecer regulamentações sobre operações de crédito, certificar-se de que não existe qualquer restrição à utilização do pregão como modalidade pretendida para esta operação.

*Pelo exposto, manifesto-me **EM DESACORDO** com o Corpo Instrutivo, com a PGT e com o douto Ministério Público de Contas, por entender que a consulta deva ser conhecida em caráter excepcional, e*

VOTO:

*I - Pelo **CONHECIMENTO**, em caráter excepcional, da presente Consulta;*

*II - Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** à autoridade consulente para ciência desta decisão, fazendo-a acompanhar de cópia integral do Voto exarado no presente processo e do parecer do douto Parquet de Contas;*

*III – Pelo posterior **ARQUIVAMENTO** deste processo.*

Deste modo, passamos a examinar se as medidas preconizadas na Decisão prolatada no processo TCE-RJ nº 103.054-2/17, para resguardar a ampla publicidade do certame, foram devidamente observadas.

No que tange à realização de audiência pública, consta a publicação da ata da sessão pública realizada em 25.07.2017 (arquivo digital de 09.10.2017 – “comprovação de realização de audiência pública”).

Quanto à ampla publicidade da licitação, foram apresentados os comprovantes de publicação do aviso de realização do Edital de Pregão Presencial nº 002/2017 no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, no Jornal “O Fluminense” (arquivo digital de 09.10.2017 – “comprovação de suas publicações”). Em consulta ao sítio *www.fazenda.rj.gov.br* foi possível constatar a disponibilidade do instrumento convocatório⁴.

Por oportuno, registre-se, que no Ofício NT-SUBFIN/SEFAZ nº 071/2017 da Subsecretaria de Finanças da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento (fls. 15 do arquivo digital de 09.10.2017 – “outros documentos”), consta informe de que, na audiência pública realizada previamente à publicação do edital, compareceram representantes de 15 (quinze) instituições financeiras e de 01 (uma) seguradora. Ademais, verifica-se que os meios de comunicação têm noticiado à realização do certame.

Em relação à concessão de prazo razoável para as instituições elaborarem suas propostas, é possível constatar que as os avisos de realização da licitação, retromencionados, foram publicados em 09.10.2017 (arquivo digital de 09.10.2017 – “comprovação de suas publicações”), configurando, portanto, um interregno de 12 (doze) dias para a sessão pública do pregão, considerando-se a data de realização de 27.10.2017.

Quanto à certificação junto à Secretaria do Tesouro Nacional quanto à inexistência de restrição à utilização do pregão para a operação em questão, dentre a documentação encaminhada a este Tribunal, consta cópia do Ofício nº 30/2017/SUDIP/STN, do Subsecretário da Dívida Pública da Secretaria do Tesouro Nacional, Sr. José Franco Medeiros de Morais, em resposta à consulta realizada pela

⁴ Acesso em 20.10.2017 às 09:35 hs.

Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento quanto à viabilidade da escolha de instituição financeira para celebrar operação de crédito, por meio de licitação, na modalidade pregão presencial (fls. 01 do arquivo digital de 09.10.2017 – “outros documentos”).

Lançados estes breves comentários dos aspectos que antecederam o edital de licitação ora em exame, inclusive para a contextualização da operação de crédito em apreço no Regime de Recuperação Fiscal, passo a examinar as principais características e cláusulas do instrumento convocatório.

Como já mencionado, o certame em tela visa à contratação de instituição financeira para operação de crédito, no valor de R\$ 2.900.000.000,00 (dois bilhões e novecentos milhões de reais), na forma de contrato de mútuo, cujos recursos serão tratados como antecipação de receita de privatização da CEDAE.

A União é a garantidora de todas as obrigações do financiamento, incluindo principal, eventual variação cambial, juros, multas e outros encargos. As contragarantias a serem concedidas pelo Estado do Rio de Janeiro à União referem-se ao penhor das ações da CEDAE, bem como as receitas de que trata o artigo 155 e os recursos previstos no artigo 157 e 159, I, “a” e II, todos da Constituição da República.

A operação será estruturada por meio de três subcréditos vinculados a um mesmo contrato de operação de crédito, na seguinte forma (item 3 do Termo de Referência):

ii) Subcrédito A, no valor de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), equivalente a 34,4828% (trinta e quatro inteiros, quatro mil, oitocentos e vinte e oito décimos de milésimo por cento) do principal agregado do mútuo em moeda nacional, indexado a dólar dos Estados Unidos da América (USD);

ii) Subcrédito B, no valor de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), equivalente a 34,4828% (trinta e quatro inteiros, quatro mil, oitocentos e vinte e oito décimos de milésimo por cento) do principal agregado do mútuo em moeda

nacional; e

iii) Subcrédito C, no valor de R\$ 900.000.000,00 (novecentos milhões de reais) equivalente a 31,0345% (trinta e um inteiros, trezentos e quarenta e cinco milésimos por cento) do principal agregado do mútuo em moeda nacional.”

A disponibilização do crédito será realizada pela instituição financeira (“mutuante”) em conta corrente do Estado do Rio de Janeiro (“mutuário”), nos seguintes prazos e condições (subitens 11.5 a 11.7 do edital):

11.5 Para o Subcrédito A, o MUTUANTE obriga-se a efetuar, sob regime de garantia firme, o desembolso dos recursos em Reais (BRL) em 3 (três) dias úteis posteriores à data de publicação dos extratos dos contratos de Garantia e Contragarantia no Diário Oficial da União, conforme valor equivalente em dólar dos Estados Unidos da América (USD), a serem calculados, 2 (dois) dias úteis anteriores à data de desembolso, pela taxa de câmbio em dólares dos Estados Unidos da América (USD) em relação à moeda nacional, publicada pelo Banco Central do Brasil em sua página de câmbio na internet (<http://www.bcb.gov.br/?txcambio>), menu “Cotações e Boletins”, opção “Cotações de fechamento de todas as moedas em uma data”, para a moeda USD, código 220, “Cotações em Real”, “Venda”, aplicável para o dia do cálculo em questão. O montante equivalente em reais será transferido para conta-corrente mencionada no item 11.4

11.6 Para o Subcrédito B, o MUTUANTE obriga-se a efetuar, sob regime de garantia firme, o desembolso dos recursos em Reais (BRL) em 3 (três) dias úteis posteriores à data de publicação dos extratos dos contratos de Garantia e Contragarantia no Diário Oficial da União e transferir o montante para conta-corrente mencionada no item 11.4.

11.7 Para o Subcrédito C, o MUTUANTE obriga-se a efetuar, sob regime de garantia firme, o desembolso dos recursos em moeda nacional em 60 (sessenta) dias corridos posteriores à data de publicação dos extratos dos contratos de Garantia e Contragarantia no Diário Oficial da União, com êxito ou não da securitização desses recursos, e transferir o montante para conta-corrente mencionada no item 11.4. No caso da data original de desembolso incidir em dia não útil, o desembolso deverá ser realizado no primeiro dia útil subsequente à data original.

Como já consignado no Relatório deste Voto, **os recursos oriundos desta operação de crédito deverão ser prioritariamente utilizados na folha de pagamento dos servidores ativos, inativos e pensionistas** (item 2.5 do termo de referência).

Os critérios de julgamento do pregão presencial estão fixados nos subitens 8.4 a 8.9 do edital:

8.3 O modelo de proposta de preços de modo a ofertar o menor custo da operação, consta do Anexo 3 a este Edital.

- 8.4 O critério de julgamento do pregão presencial será o de menor custo da operação, avaliado por meio da menor taxa efetiva da operação. As propostas serão realizadas na forma de ofertas apresentadas com base no Anexo 3 deste Edital (Proposta de Preços), demonstrando-se taxa efetiva total da proposta, em termos de taxa CDI, para o Subcrédito A e para o Subcrédito B, inclusive as tarifas bancárias. Todas as variáveis deverão estar discriminadas na segunda página do Anexo 3 e comporão a taxa efetiva total da proposta para fins de avaliação da menor taxa efetiva apresentada.
- 8.5 Constitui *spread* o percentual superior ao custo de captação de recursos no mercado.
- 8.6 Para o Subcrédito A, considera-se como referência o custo de captação de recursos da União no mercado externo, sendo utilizado o título global da dívida brasileira, denominado em dólar dos Estados Unidos da América (USD), emitido no exterior pela União, código ISIN US105756BS83, com vencimento em 22 de janeiro de 2021.
- 8.7 Para os Subcréditos B e C, considera-se como referência o custo de captação de recursos no mercado interno, sendo utilizada a taxa média de depósitos interbancários em reais para o período referente ao dia útil anterior à data do pregão.
- 8.8 Para o Subcrédito C, não será apresentada proposta no momento do pregão presencial, sendo considerado o prazo de 60 (sessenta) dias corridos para que seja efetuada a securitização e determinada a eficiência de sua distribuição. O percentual acima do custo de captação no mercado interno do Subcrédito C está limitado ao *spread* ofertado ao Subcrédito B determinado no momento do pregão presencial.
- 8.9 Para o Subcrédito B e/ou Subcrédito C, havendo securitização, termo aditivo será firmado entre as partes para alteração dos juros remuneratórios incidentes, o que não implicará nova verificação de limites e condições para realização de aditamento contratual pela STN por caracterizar redução de custos da operação.

Com o objetivo de redução dos juros remuneratórios a serem pagos pelo mutuário, o instrumento convocatório autoriza a emissão de títulos mobiliários diretamente referenciados nos subcréditos contemplados e sua distribuição, colocação ou venda, conforme item 3 do Termo de Referência:

As securitizações interna e externa são permitidas para os subcréditos em moeda local, sendo vedada a securitização em qualquer formato do subcrédito indexado ao dólar dos Estados Unidos da América (USD), na forma:

- i) Subcrédito A: a securitização está vedada nos mercados interno e externo;
- ii) Subcrédito B: a securitização está prevista nos mercados interno e externo;
- iii) Subcrédito C: a securitização está prevista nos mercados interno e externo.

Para o Subcrédito A, a cessão somente é permitida por meio de contratos de participação (*participation agreement*), cessões (*assignment*), e/ou derivativos (*total return swap*) não serão consideradas operações de securitização.

O prazo da operação é de 36 (trinta e seis) meses, contados da data de publicação dos extratos dos contratos de garantia e contragarantia no Diário Oficial da União. O principal e os juros remuneratórios deverão ser amortizados em 1 (uma) parcela única na data de vencimento, considerada a possibilidade de liquidação antecipada (item 3 do Termo de Referência).

A liquidação antecipada do mútuo, no todo ou em parte, ocorrerá na hipótese da privatização da CEDAE antes do prazo de vencimento da operação (36 meses). No caso da alienação da CEDAE por valor inferior ao saldo devedor da operação de crédito, o saldo devedor remanescente será liquidado na data do vencimento. No caso da venda da CEDAE por valor superior ao saldo devedor da operação de crédito, o saldo positivo remanescente será destinado ao abatimento de dívidas do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do artigo 5º da Lei Estadual 7.529/2017 (itens 2.5 e 3 do Termo de Referência).

Destacadas as principais características do instrumento convocatório em tela, passo a comentar as análises e propostas ofertadas pelo Corpo Técnico e pelo Ministério Público Especial.

A zelosa Coordenadoria de Exame de Editais (CEE), na conclusão da informação constante do arquivo digital datado de 16.10.2017, apresenta a seguinte sugestão:

Ante o exposto, sugerimos a **COMUNICAÇÃO** ao Secretário de Fazenda e Planejamento do Estado do Rio de Janeiro, com base no §1º do art. 6º da Deliberação TCE-RJ nº 204/96, a constituir-se na forma sequencial dos incisos do artigo 26 do Regimento Interno, para que adote as medidas enumeradas a seguir:

1 – Adiar e manter esta licitação adiada sine die até que este Tribunal de Contas delibere conclusivamente sobre o conhecimento deste edital, encaminhando os comprovantes de publicação dos avisos de adiamento nos termos do art. 21 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 4º da Lei nº 10.520/02, além de divulgar a iniciativa no sítio eletrônico oficial (internet) em atenção ao que determina o art. 8º da Lei Nacional nº 12.527/11.

2 - Publicar, pela mesma forma que os avisos originais, o adiamento do certame, remetendo as cópias das publicações ao Tribunal de Contas, nos termos do art. 21 da Lei 8.666/93 c/c art. 4º da Lei 10.520/02.

3 – Encaminhar a **minuta do contrato** a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor, que deverá constar como anexo do edital, nos termos do artigo 40, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c os artigos 3º, inciso I, 4º, inciso III, e 9º da Lei Federal nº 10.520/02.

4 – Encaminhar **pesquisa de mercado** para a definição do critério de aceitabilidade, ou seja, o spread (percentual superior ao custo de captação de recursos no mercado) máximo admitido para o certame, justificando, ainda, os valores constantes da “Planilha de Equivalência – Valor Máximo”, anexada às fls. 66/67 do arquivo digital: 09/10/2017 – Editais de licitação (...).

5 - Detalhar, quando da remessa a este Tribunal, especificando item por item, através de errata, todas as alterações que porventura sejam feitas no ato convocatório, se for o caso, dando a devida publicidade à mesma, na forma no §4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93.

6 – Enviar um edital consolidado, contemplando e destacando todas as alterações efetuadas por determinação desta Corte, bem como por iniciativa própria da Administração, conferindo a devida publicidade às alterações efetuadas, na forma do art. 21 da Lei nº 8666/93 c/c art. 4º da lei 10.520/02.

No tocante à sugestão de encaminhamento da minuta do contrato, vale ressaltar que, no arquivo digital de 09.10.2017 – “outros documentos”, consta cópia do Ofício nº 30/2017/SUDIP/STN, do Subsecretário da Dívida Pública da Secretaria do Tesouro Nacional, Sr. José Franco Medeiros de Moraes, em resposta à consulta realizada pela Secretaria de Estado de Estado de Fazenda e Planejamento quanto à viabilidade da escolha de instituição financeira para celebrar operação de crédito, por meio de licitação, na modalidade pregão presencial.

No referido Ofício é discutida a dispensa da minuta contratual para a licitação em tela. Vejamos:

O Ofício SEFAZ/SGAB Nº 981/2017, de 9 de agosto de 2017, consulta a Secretaria do Tesouro Nacional sobre a viabilidade da escolha de instituição financeira para celebrar operação de crédito, por meio de licitação, na modalidade pregão presencial, dada a necessidade de que a forma final do contrato seja apresentada no momento da publicação do edital, não sendo possível, portanto, negociação com a instituição posteriormente. A esse respeito, as instituições financeiras informaram não ser possível participar no certame caso seus respectivos departamentos jurídicos não possam atuar na elaboração final do contrato.

2. Nesse contexto, primeiramente cabe esclarecer que o requisito de apresentação da forma final do contrato da operação de crédito no momento da publicação do edital de fato conflita com a prática observada em mercado, qual seja, a de se oferecer a ambas as partes a oportunidade de negociar os termos finais das cláusulas contratuais da operação de crédito, às quais estarão sujeitos durante a vigência do contrato. Tal prática decorre do fato de que as instituições que potencialmente concorrerão no certame podem estar submetidas a marcos regulatórios distintos, o que, por si só se refletiria em linguagens distintas em seus contratos. Além disso, cada banco tem entendimento próprio a respeito dos riscos, termos e condições inerentes a determinada operação de crédito, o que, da mesma forma, conduz a cláusulas com linguagens distintas para diferentes instituições. Portanto, entende-se como inexecuível elaborar minuta que atenda a toda e qualquer instituição que potencialmente venha a participar da licitação em pauta.

3. Ressalta-se, ainda, que para os participantes, os custos de diligência do contrato (*legal opinions* internos e externos, e revisões) são relevantes, e, portanto, serão incorridos somente pelo vencedor. Por estas razões, reiteramos a importância de que a oportunidade de negociar as cláusulas do contrato seja oferecida tanto ao mutuário quanto ao vencedor, para benefício da manutenção do ambiente competitivo da concorrência em pauta, uma vez que a ausência desta oportunidade limitará a participação das instituições financeiras, o que implicará em maiores custos para o estado.

4. Diante do exposto e sujeito à verificação da legalidade junto aos órgãos competentes, sugere-se que no edital, ao invés de se apresentar a versão final do contrato, sejam

disponibilizados os termos de referência da operação de crédito, tais como as condições e cláusulas gerais do empréstimo, ficando a elaboração final do contrato para momento posterior à definição do vencedor do certame. Por último, sugere-se incluir cláusula na qual o vencedor se comprometa a realizar em melhores esforços a negociação da versão final do contrato de forma a alcançar as melhores condições comerciais e de custo e em consonância com os preceitos constantes no manual de instrução de pleitos (MIP)¹.

Neste sentido o Edital de Pregão Presencial nº 002/2017 adotou as seguintes disposições:

18.9.1 O contrato de mútuo decorrente deste processo licitatório será negociado entre as partes, considerando a inalterabilidade das previsões contidas neste Edital e seus anexos, no que se refere à estrutura da operação de crédito, das condições de disponibilização dos recursos, da estrutura de securitização dos subcréditos, da atualização monetária dos juros remuneratórios, das tarifas bancárias, da taxa efetiva da operação no momento do pregão, da metodologia de equivalência de custos dos subcréditos, das obrigações das partes, das condições de pagamento e recebimento definitivo do objeto, da liquidação antecipada, da garantia da União, da alteração do critério de remuneração, dos tributos, e demais itens relevantes à contratação.

18.9.3 A instituição financeira vencedora se compromete a realizar em melhores esforços a negociação da versão final do contrato de modo a alcançar as melhores condições comerciais e de custo e em consonância com os preceitos constantes no Manual de Instrução de Pleitos (MIP) da Secretaria do Tesouro Nacional.

Assim sendo, necessário se faz o exame da legalidade do procedimento almejado pela Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento, qual seja, realizar um procedimento licitatório sem que as disposições contratuais já se encontrem previamente redigidas, mas alvo de negociação *a posteriori* entre o licitante vencedor e a Administração.

Sabe-se que os contratos administrativos são regidos por princípios próprios, inerentes ao regime jurídico de direito público, destacando-se, entre eles, o princípio do formalismo. Tal postulado demanda que a atuação do administrador público, ao contrário da atuação dos agentes privados, seja acompanhada de uma série de formalidades, tendo em vista a gestão da coisa pública. Neste contexto, a Constituição Federal e as leis, notadamente, no caso das contratações públicas, a Lei 8.666/93, impõem as formalidades que devem ser atendidas pelo administrador público quando da contratação de obras, serviços, compras e alienações.

No entanto, a própria legislação que rege as licitações e contratações realizadas pelo Estado prevê que, excepcionalmente, a Administração Pública poderá firmar contratos regidos, predominantemente, pelo Direito Privado, de modo que algumas formalidades tipicamente exigidas para os contratos administrativos possam ser flexibilizadas. Tal previsão se encontra inserta no artigo 62, §3º da Lei nº 8.666/93, cuja redação ora colaciono:

Art. 62 O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

A pactuação de contratações regidas pelo Direito Privado por parte da Administração Pública está longe de ser tema pacífico na doutrina e jurisprudência pátrias. A principiologia aplicável à atuação do gestor público, bem como a singela regulamentação da matéria por parte do legislador, fazem com que haja muitas dificuldades em conciliar algumas necessidades públicas com a realidade mercadológica em que tais figuras contratuais se inserem.

É certo, no entanto, que o próprio legislador permitiu a flexibilização das rígidas regras aplicáveis aos contratos administrativos, quando da pactuação, pela Administração, de contratos de Direito Privado, ao afirmar aplicarem-se a eles o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 da Lei 8.666/93 e demais normas gerais **“no que couber”**.

Na realidade, conforme lição do renomado professor Marçal Justen

Filho, o dispositivo em comento, qual seja, o §3º do artigo 62 da Lei Geral de Licitações, foi mal posicionado pelo legislador, pois não possui relação com o contexto do artigo 62 e seus demais parágrafos, notadamente, o §1º que determina ser a minuta do contrato integrante obrigatório do edital de licitação. Transcrevo, abaixo, trecho da obra do citado autor que demonstra a adoção deste entendimento:

A previsão do §3º está mal colocada e melhor ficaria em um dispositivo específico, pois não tem relação com o restante do artigo.⁵

Conforme consta em diversas passagens das justificativas apresentadas pelo administrador público estadual para a contratação em análise, a elaboração de minuta contratual no momento da realização da licitação conflita com a prática observada no mercado, tornando inexecutável sua aplicação a qualquer instituição. Como exemplo, trago trecho constante de parecer da Secretaria do Tesouro Nacional que aponta para tal conclusão⁶:

(...) para os participantes, os custos de diligência do contrato (legal opinions internos e externos, e revisões são relevantes, e, portanto, serão incorridos somente pelo vencedor. Por estas razões, reiteramos a importância de que a oportunidade de negociar as cláusulas do contrato seja oferecida tanto ao tomador quanto ao vencedor, para benefício da manutenção do ambiente competitivo da concorrência em pauta, uma vez que a ausência desta oportunidade limitará a participação das instituições financeiras, o que implicará em maiores custos para o estado.

Em face dos argumentos acima expostos e tendo em vista se tratar o ajuste ora analisado de contrato regido, predominantemente, pelo Direito Privado, nos termos do artigo 62, §3º, I, da Lei 8.666/93, entendo que a ausência de minuta contratual como anexo do edital está devidamente justificada, tendo em vista as peculiaridades que perpassam o caso concreto. No entanto, tendo em vista a

⁵ FILHO JUSTEN, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. Pág. 869.

⁶ Folha 16 do arquivo digital "09/10/2017 – Outros Documentos".

materialidade da presente contratação, bem como o interesse social que a envolve, determinarei o encaminhamento do contrato a esta Corte para análise de sua juridicidade.

No que tange ao item número 4 do parecer do Corpo Instrutivo, que remonta à necessidade de inclusão no processo de pesquisa de mercado para a definição do critério de aceitabilidade, ou seja, o *spread* (percentual superior ao custo de captação de recursos no mercado) máximo admitido para o certame, ressalto, inicialmente, que o critério de julgamento das propostas, previsto no item 8.4 do edital, é o menor custo global da operação, que será composto pelo somatório do custo ponderado da operação e dos custos das tarifas bancárias previstas, conforme sistemática apresentada no item 10 do termo de referência.⁷ Trago abaixo a equação que será utilizada no presente caso:

$$\%CDI\ Final = \frac{\left[\left(\frac{VF_{Bruto}}{V_{Liq}} \right)^{\frac{1}{DU}} \right] - 1}{\left[(1 + DI_i)^{\frac{1}{252}} \right] - 1}$$

Sendo

$$VF_{Bruto} = (VN_A + VN_B + VP_C) \times \left\{ 1 + CPT \times \left[(1 + DI_i)^{\frac{1}{252}} - 1 \right] \right\}^{DU}$$

$$V_{Liq} = (VN_A + VN_B + VP_C) - (TAC + Est + Com)$$

$$CPT = [(34,4828\% \times \%CDI_A^P) + (1 - 34,4828\%) \times \%CDI_B^P]$$

Onde

%CDI Final equivale ao custo da operação, em termos de DI;

VF_{Bruto} equivale ao valor futuro bruto da operação;

V_{Liq} equivale ao valor líquido da operação;

DI_i equivale ao contrato de juros futuros interpolados exponencialmente;

VN_A equivale ao valor nominal do Subcrédito A;

VN_B equivale ao valor nominal do Subcrédito B;

VP_C equivale ao valor presente na data do contrato do Subcrédito C;

Compulsando os autos, verifico que o administrador público buscou trazer elementos que justificam o uso do CDI – Certificado de Depósito Interbancário como título de referência, a fim de determinar o custo da operação, conforme consta da fl. 26 do documento eletrônico “19/10/2017 - Outros Documentos”,

⁷ Folha 52 do arquivo digital “Editais de Licitação contendo as especificações e anexos”.

que colaciono abaixo:

48. A metodologia mais adequada é estabelecer como referência um título de emissão nacional e possibilitar ofertas sobre *spread*, simplificando o processo de *bids*¹¹.

49. Para operações em reais, devido ao prazo curto da operação (apenas 3 anos) e a liquidez do mercado, a preferência da taxa tem sido por Certificado de Depósito Interbancário (CDI)¹², que é um título de emissão das instituições financeiras e que lastreia as transações entre os bancos, em detrimento de uma de Notas do Tesouro Nacional – Série B (NTN-B)¹³, ofertados pela Secretaria do Tesouro Nacional, título público indexado ao Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), medido mensalmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os papéis diferem de acordo com o mercado interessado na remuneração: fundos de pensão¹⁴,

bancos ou *assets*¹⁵. Para fundos de pensão, os investimentos mais atraentes são em títulos públicos de longo prazo, usualmente NTN-B, que fazem mais sentido ao garantir ganho superior à inflação. Para bancos e instituições financeiras, aplicar em CDI é uma forma de diversificação dos investimentos e uma opção além dos títulos públicos. Outra característica importante para a preferência da taxa CDI frente a uma NTN-B é a possibilidade de melhorar a liquidez das instituições financeiras. Para *assets*, o prazo mais curto da operação é coerente, considerando menores custos e os riscos das aplicações.

Por outro lado, o jurisdicionado informa que o valor máximo da operação, utilizado como teto para as propostas a serem apresentadas pelos concorrentes, não deve ser divulgado juntamente com o ato convocatório, tendo em vista a necessidade de alcance da proposta mais vantajosa pela Administração Pública. De fato, a ciência antecipada, por parte dos licitantes, do valor máximo que o administrador pretende contratar para um serviço faz com que a disputa não se dê sob as bases reais de mercado, na medida em que os concorrentes tenderão a fixar seus preços em valores próximos ao patamar estipulado.

Trago abaixo trecho do documento acostado aos autos em que tal justificativa foi apresentada pelo jurisdicionado (fls. 73/74 do arquivo “19/10/2017 – Outros Documentos”):

61. Importante ressaltar que a divulgação do valor máximo admissível da contratação conjuntamente com o ato convocatório no caso de licitação por meio da modalidade de pregão prejudica sobremaneira o alcance satisfatório da busca da proposta mais vantajosa para a Administração, uma vez que os participantes, previamente sabedores do valor máximo a ser aceito, irão apresentar valores tão próximos quanto possível àquela cifra pré-estabelecida e

apresentada pela própria Administração. Solicita-se, portanto, que não seja divulgado o valor máximo.

A análise da evolução da legislação que rege as licitações e contratos no Brasil aponta para uma tendência do legislador de permitir ao gestor público a ocultação dos valores máximos que aceita pagar para um bem ou serviço. Tal premissa foi encampada pela Lei nº 12.462/14, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, ao determinar, em seu artigo 6º, que “o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação”. Trata-se de medida que visa à atualização da legislação que rege a matéria à realidade do mercado, buscando prover a Administração Pública de instrumentos para a realização de contratações mais vantajosas.

Tendo em vista os elementos acima expostos, que versam sobre a pertinência da não revelação do valor máximo da contratação aos licitantes, bem como a importância da contratação em tela, tanto sob o ponto de vista econômico, quanto social, entendo que os valores praticados no futuro contrato, decorrente do presente certame, poderão ser justificados quando do envio do instrumento para análise desta Corte.

Passando aos itens constantes da diligência proposta pelo Ministério Público de Contas, inicio com o questionamento acerca da Cláusula que versa sobre a aplicação de penalidade ao mutuário em face da liquidação antecipada da dívida.

De acordo com o referido item (Cláusula 15.3 do Edital e 16.4 do Termo de Referência), “o MUTUÁRIO obriga-se a pagar ao MUTUANTE penalidade definida pelo valor presente dos encargos calculados na data da liquidação antecipada, relativos ao período remanescente (contado em trimestres) até o vencimento do contrato, aplicado a um percentual do principal remanescente, descontados à taxa contratada, observada a sistemática descrita no Termo de Referência contida no Anexo 7 deste Edital”.

Quanto a este ponto, é importante consignar que, em contratos de mútuo com instituições financeiras, a remuneração pelo “empréstimo” do capital se dá com o pagamento de juros e tarifas pelo mutuário. Deste modo, há uma expectativa por parte da mutuante de que o contrato permanecerá vigente até o fim do prazo inicialmente pactuado, não sendo de seu interesse a liquidação antecipada da dívida. É usual, portanto, que seja estipulada penalidades ou tarifas ao mutuário caso assim proceda.

Em pesquisa ao sítio na *internet* do Banco Central do Brasil, verifico que o órgão traz uma série de informações prevendo a possibilidade de cobrança de tarifas em decorrência da liquidação antecipada da dívida em contratos de concessão de crédito e arrendamento mercantil. A Resolução BACEN nº 3.516/2007, inclusive, veda a cobrança de tais tarifas, no entanto, **somente quando o mutuário for pessoa física, microempresa ou empresa de pequeno porte.**

Por outro lado, constata-se a presença de cláusulas semelhantes em outros contratos firmados pela Administração Pública, como, por exemplo, no Contrato de Crédito nº CSBBR20161000002 firmado entre o Estado do Ceará e a instituição financeira CREDIT SUISSE AG, NASSAU BRANCH, no ano de 2016. Transcrevo a seguir a Cláusula nº 10.03 do referido contrato, que traz disposição assemelhada ao dispositivo em discussão:

10.03 Valor Devido por Aceleração ou Pagamento Antecipado. Em caso de Aceleração ou qualquer pagamento antecipado dos Empréstimos pelo Mutuário (incluindo, sem limitação, qualquer pagamento antecipado efetuado nos termos da Cláusula 3.03), total ou parcialmente, e por qualquer motivo, o valor agregado devido pelo Mutuário deverá ser equivalente à soma de (o “Valor Make-Whole”): (x) a quantia principal pendente dos Empréstimos sendo pagos antecipadamente ou por aceleração, conforme o caso, (y) todos os juros acumulados e não pagos sobre a mesma e quaisquer outras quantias devidas e pagáveis sob os Documentos do Empréstimo e (z) todos os pagamentos de juros que teriam sido

devidos pelo Mutuário com relação aos Empréstimos sendo pagos antecipadamente, pagos ou pagos por aceleração, conforme o caso, se tal pagamento, pagamento antecipado ou aceleração não tivesse ocorrido, calculados desde a data de qualquer pagamento, pagamento antecipado ou aceleração até à Data de Vencimento Final aplicando-se a relevante Taxa de Juros e descontados do valor presente à data de pagamento, pagamento antecipado ou aceleração e valendo-se de taxa igual à aplicável Taxa do Tesouro dos EUA à data de tal pagamento, pagamento antecipado ou aceleração, conforme calculados pelo Agente Administrativo.

Desta forma, na medida em que não há vedação à aplicação de penalidades para a hipótese de liquidação antecipada do contrato, bem como por se tratar de cláusula usual de mercado, entendo, com a devida vênia ao parecer do *Parquet* de Contas, que a mesma se encontra justificada.

Quanto à dotação orçamentária apresentada como fonte de recursos do presente contrato, o Ministério Público de Contas aponta divergência entre o valor constante do edital (R\$ 3.500.000.000,00), cujo crédito suplementar foi aberto por meio do Decreto Estadual nº 46.098 de 25/09/2017, e o limite de empréstimo da União para a presente operação, cujo montante remonta R\$ 2.900.000.000,00. Apesar de considerar adequada a indagação formulada pelo douto *Parquet* Especial, entendo que a mesma deve ser formulada através de determinação ao jurisdicionado, não possuindo o condão de evitar a análise de mérito do ato convocatório no presente momento.

Por fim, em face da competência do Tribunal de Contas da União na fiscalização e controle das garantias prestadas pela União nas operações de crédito externo celebradas por pessoas jurídicas de direito público interno, nos termos dos Acórdãos nºs 1454/2015, 1082/2015, 1621/2014, 2920/2013 e 1766/2012, dentre outros, deverá ser expedido Ofício à referida Corte de Contas, para a devida Ciência.

Pelo exposto e examinado, posiciono-me **EM DESACORDO** com o

Corpo Instrutivo e com o Ministério Público Especial, e

VOTO:

I - Pelo **CONHECIMENTO** do Edital de Licitação nº 02/2017, deflagrado pela Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento, visando à contratação de instituição financeira para operação de crédito, na forma de contrato de mútuo;

II – Pela **COMUNICAÇÃO**, nos termos do art. 6º, § 1º, da Deliberação TCE-RJ nº 204/96, a constituir-se na forma sequencial dos incisos do art. 26 do Regimento Interno (aprovado pela Deliberação TCE-RJ nº 167/92), ao Secretário de Estado de Fazenda e Planejamento, para que tome ciência desta decisão, com **DETERMINAÇÃO** para que atenda aos seguintes itens:

II.1 - Encaminhe a esta Corte o instrumento contratual, no prazo de 30 (trinta) dias após a sua celebração, para a devida análise de sua legalidade e economicidade;

II.2 – Informe se foi efetuada a correção do valor da dotação orçamentária (abertura de crédito suplementar), adequando-a ao novo valor da operação de crédito em questão;

III – Pela **Ciência** ao Jurisdicionado que os apontamentos do Corpo Técnico, do Ministério Público Especial, citados neste Voto, bem como os demais elementos integrantes do presente processo, podem ser consultados no sítio oficial desta Corte de Contas (<http://consulta.tce.rj.gov.br/consulta-processo/Processo>).

IV - Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** ao Tribunal de Contas da União, remetendo cópia do presente processo, para Ciência e adoção das medidas que aquela Corte entender cabíveis.

GA-3, de de 2017.

ANDREA SIQUEIRA MARTINS
CONSELHEIRA SUBSTITUTA