

Número do Acórdão

ACÓRDÃO 772/2016 - PLENÁRIO

Relator

RAIMUNDO CARREIRO

Processo

016.585/2009-0

Tipo de processo

REPRESENTAÇÃO (REPR)

Data da sessão

06/04/2016

Número da ata

11/2016

Interessado / Responsável / Recorrente

3.

Interessados/Responsáveis:

3.1. Interessados: Secretaria de Macroavaliação Governamental (SEMAG), Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Município de Belo Horizonte, Município de Nova Iguaçu e Distrito Federal.

Representante do Ministério Público

Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.

Unidade Técnica

Secretaria de Macroavaliação Governamental (SEMAG).

Representante Legal

8.1. Márcia Aparecida Fadigatti Calarezi (OAB/SP 213.087), Vilmon Malcorra Villagran (OAB/PE 860-B e OAB/DF 43.481) e outros, representando Banco do Brasil S.A. (peças 78, 81, 87)

Assunto

Representação de unidade técnica a respeito da natureza jurídica das operações realizadas por entes da federação para captar recursos financeiros junto ao mercado, mediante a cessão de direitos creditórios lastreados na receita futura de títulos das respectivas dívidas ativas decorrentes de créditos tributários vencidos e não pagos, realizadas por meio de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados.

Sumário

REPRESENTAÇÃO. CVM. PGFN. STN. QUESTIONAMENTOS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DAS OPERAÇÕES REALIZADAS POR ENTES DA FEDERAÇÃO (MUNICÍPIOS DE BELO HORIZONTE E NOVA IGUAÇU E DISTRITO FEDERAL) PARA CAPTAR RECURSOS FINANCEIROS JUNTO AO MERCADO, MEDIANTE A CESSÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS LASTREADOS NA RECEITA FUTURA DE TÍTULOS DAS RESPECTIVAS DÍVIDAS ATIVAS DECORRENTES DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS VENCIDOS E NÃO PAGOS, REALIZADAS POR MEIO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS (FIDC-NP). OITIVA DA COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS DO SENADO NOS TERMOS DO ART. 113, I, DO RITCU. ATENDIMENTO À SOLICITAÇÃO DA PR-RJ.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) desta Corte de Contas, aditada pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, do Ministério Público junto a este Tribunal, em que se questiona a natureza jurídica das operações realizadas por alguns entes da federação para captar recursos financeiros junto ao mercado, mediante a cessão de direitos creditórios lastreados na receita futura de títulos das respectivas dívidas ativas decorrentes de créditos tributários vencidos e não pagos, realizadas por meio de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados (FIDC-NP).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, em:

9.1 nos termos do art. 113, I, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

9.1.1 promover a oitava da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, para que, assim desejando, apresente a este Tribunal os esclarecimentos e informações que julgar pertinentes acerca da presente representação formulada pela Secretaria de Macroavaliação Governamental deste Tribunal e pelo representante do Ministério Público de Contas, consoante o Relatório que integra este Acórdão, especialmente no que tange à parte dispositiva da Resolução SF 43/2001, com redação dada pela Resolução SF 17/2015, em face dos objetivos declarados no Parecer CAE 1019, de 2015, relativo ao PRS 50/2015, que fundamentou a referida norma de alteração;

9.1.2 fixar o prazo de até 30 (trinta) dias, a contar da ciência, para o atendimento à oitava franqueada no subitem 9.1.1;

9.2 determinar à Semag que monitore a medida ora determinada, submetendo seus resultados ao Relator;

9.3 encaminhar cópia do presente Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam:

9.3.1 ao Presidente da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal;

9.3.2 ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, em complemento às informações encaminhadas por este Tribunal mediante o Ofício 0261/2015-TCU/SEMAG, de 9/11/2015, e para fins de subsídio ao Procedimento Administrativo MPF/PR/RJ 1.16.000.004833/2014-38, nos termos solicitados no Ofício PR/RJ/CG nº 12537, de 27/08/2015, e no Ofício PR/RJ/GAB/MC nº 2.865/2016, de 3/3/2016.

Quórum

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Raimundo Carreiro (Relator), José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

Relatório

Trata-se de representação formulada pela Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) desta Corte de Contas, aditada pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, do Ministério Público junto a este Tribunal, em que se questiona a natureza jurídica das operações realizadas por alguns entes da federação para captar recursos financeiros junto ao mercado, mediante a cessão de direitos creditórios lastreados na receita futura de títulos das respectivas dívidas ativas decorrentes de créditos tributários vencidos e não pagos, realizadas por meio de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados (FIDC-NP).

2. Adoto como Relatório o parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, que inclui, de forma resumida, as análises e conclusões da unidade técnica (peça 130):

Trata-se de representação oferecida pela Secretaria de Macroavaliação Governamental – Semag, em julho de 2009 (peça 1, pp. 2/14 e 22/3), com vistas a avaliar o enquadramento da operação realizada entre o município de Belo Horizonte/MG e o “Tributos BH Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados” – **FIDC-NP BH**, CNPJ 10.369.218/0001-71, estruturado sob a forma de condomínio fechado, no conceito de operação de crédito estabelecido no artigo 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar 101/2000).

A esse respeito, por meio da Lei Municipal 7.932/1999 (artigo 7º), foi o “*Executivo autorizado a efetuar cessão, a título oneroso, de crédito tributário, parcelado ou não, inscrito ou não em dívida ativa, mediante prévia avaliação e procedimento de alienação legalmente previsto, inclusive leilão em bolsa de valores*” (peça 1, p. 4, item 12).

Nos termos do Contrato de Cessão de Direitos Creditórios e Outras Avenças, de 29.12.2008, celebrado entre o município de Belo Horizonte/MG (parte), a Tributos BH FIDC-NP (parte), a Oliveira Trust DTVM (interveniente: instituição administradora) e o Banco do Brasil S. A. (interveniente: custodiante ou agente arrecadador), “(...) o município cede e transfere ao Fundo, que adquire de acordo com os termos, condições e limitações previstos neste Contrato, todos os direitos decorrentes dos créditos tributários de titularidade do município, de sua competência e inscritos em sua Dívida Ativa, inclusive

seus acessórios, parcelados ou não, descritos no Anexo II deste Contrato [R\$ 4.886.507.469,00] e existentes na data-base [estoque em 30/4/2008] ('Direitos Creditórios')" (peça 11, pp. 27/81).

Em relação a Belo Horizonte/MG, a cessão envolveu, portanto, os *"direitos creditórios decorrentes do fluxo de caixa do adimplemento dos parcelamentos de dívidas, inscritas ou não em dívida ativa, confessadas pelos contribuintes"* (peça 10, p. 4).

Ao longo da instrução processual, o exame da matéria passou a tratar também das operações envolvendo:

a) o **FIDC-NP Nova Iguaçu** (TC-043.416/2012-8, apenso);

b) o Fundo Especial da Dívida Ativa do Distrito Federal – **Fedat/DF**, consoante Lei Distrital 5.424/2014 (peças 58/9);

c) o **FIDC Saneamento Ambiental e Infraestrutura São Paulo**, atual **Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura - FMSAI** (peças 92/3);

d) a possível cessão, pelo estado de **Goiás**, de direitos creditórios autônomos originados de créditos tributários ou não, parcelados, nos termos da Lei Estadual 18.873/2015 (peça 105).

A questão controversa é extremamente relevante porque, se reconhecida a natureza de operação de crédito, faz-se necessária a prévia autorização do Ministério da Fazenda, a quem cabe verificar o cumprimento dos limites e das condições relativos ao endividamento de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente.

Em tempos de recessão, a controvérsia assume ainda maior relevo, considerando que *"os FIDCs têm sido cada vez mais utilizados pelos entes federados e suas entidades como instrumento de captação de recursos, principalmente para aplicação em despesas com investimentos"* (peça 1, item 2, do TC-043.416/2012-8).

O Pleno desta Corte referendou as cautelares relativas ao **FIDC-NP Nova Iguaçu** (peças 47, 48 e 70 do TC-043.416/2012-8) e ao **Fedat/DF** (peças 62 e 85/6 do TC-016.585/2009-0), concedidas pelos relatores em, respectivamente, 25.11.2014 e 11.12.2014, e ora reproduzidas, em parte:

*"25.1. com fundamento no art. 276, caput, do RI/TCU, adotar medida cautelar determinando à Comissão de Valores Mobiliários que suspenda o registro do **FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu**, bem como o registro de qualquer fundo que tenha em sua constituição direitos creditórios que se enquadrem na hipótese prevista no art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução-CVM 444/2006, caracterizados como operações de crédito pela análise da CVM e que não contenham autorização expressa do Ministério da Fazenda, emitida nos termos do art. 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal, até que esta Corte delibere sobre o mérito desta representação;"* (Ministro-Relator Bruno Dantas)

"19. (...)

*1) nos termos do art. 276, caput, do Regimento Interno deste Tribunal, determinar cautelarmente à Comissão de Valores Mobiliários que não proceda, ou suspenda, caso já tenha sido realizado, o registro do **Fundo Especial da Dívida Ativa do Distrito Federal- FEDAT-DF**, até que esta Corte delibere sobre o mérito desta representação;"* (Ministro-Relator Raimundo Carreiro)

Quanto à operação do estado de Goiás, Vossa Excelência decidiu que o pedido de cautelar do Ministério Público de Contas seria apreciado após este pronunciamento (peça 128).

Após inúmeras medidas saneadoras, a Semag, em sua derradeira intervenção no feito, por meio de manifestações essencialmente convergentes (peças 124/6), oferece proposta no sentido de o Tribunal de Contas da União (peça 126, grifos nossos):

*"a) preliminarmente, encaminhar os autos ao Ministério Público junto ao TCU para manifestação, com base nos incisos I e II do art. 81 da Lei 8.443/1992, c/c os incisos I e III do art. 62 do Regimento Interno do TCU, e tendo em vista o manifesto interesse de agir do *Parquet* em relação à matéria tratada*

nestes autos, considerada paradigmática e de grande relevo para o controle da gestão das finanças públicas em todos os níveis da federação;

b) indeferir o pedido de habilitação do município de São Paulo para atuar como interessado nos presentes autos, ante a ausência de legitimidade, nos termos do art. 146 do Regimento Interno do TCU;

c) dar ciência, com fulcro no art. 29, inciso III, da Lei Complementar 101/2000, ao Ministério da Fazenda, ao Banco Central do Brasil e à Comissão de Valores Mobiliários de que **a cessão a um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios do fluxo de caixa decorrente do produto do adimplemento dos créditos inscritos em dívida ativa tributária, como ocorreu no caso do FIDC-NP BH, e ocorreria no âmbito do FIDC-NP Nova Iguaçu, mesmo com a exclusão da Cláusula 11.7.1 do Regulamento do Fundo, e do Fedat-DF, enquadra-se no conceito de operação de crédito estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal;**

d) determinar ao Banco Central do Brasil que:

d.1) no prazo de trinta dias, comunique às instituições financeiras em relação ao teor do item 'c' acima;

e

d.2) no prazo de sessenta dias, informe a esta Corte de Contas o conteúdo e os destinatários do comunicado expedido como cumprimento da determinação contida no item 'd.1';

e) dar ciência ao Senado Federal, ao Ministério da Fazenda, ao Banco do Brasil e ao município de Belo Horizonte/MG de que, **por intermédio da integralização das cotas do FIDC-NP BH por parte do município de Belo Horizonte/MG, aperfeiçoou-se a contratação de uma operação de crédito, devendo ser tomadas as providências para que sejam atendidas as determinações exaradas pelo art. 33 da Lei Complementar 101/2000;**

f) dar ciência ao município de Nova Iguaçu e à NSG Capital Serviços Financeiros DTVM S/A de que **a operação que se realizaria no âmbito do FIDC-NP Nova Iguaçu, envolvendo direitos creditórios do município de Nova Iguaçu, ainda que com a exclusão da Cláusula 11.7.1 da razão de garantia, se caracteriza como operação de crédito, devendo submeter-se aos controles previstos no art. 32 da Lei Complementar 101/2000;**

g) dar ciência ao Distrito Federal de que **eventuais operações de securitização que pudessem ter ocorrido no âmbito do Fedat-DF e envolvessem créditos inscritos em dívida ativa deveriam ser submetidas aos controles previstos no art. 32 da Lei Complementar 101/2000;**

h) determinar ao Ministério da Fazenda, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, que oriente os órgãos integrantes de sua estrutura para que comuniquem imediatamente ao Senado Federal, conforme determina o § 2º do art. 24 da Resolução 43/2001 do Senado Federal, a existência de eventual irregularidade em processo de contratação da operação de crédito;

i) **cauteladamente, com fulcro no art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 276 do Regimento Interno desta Corte de Contas, determinar à Comissão de Valores Mobiliários que não processe, ou suspenda, no caso de já ter sido realizado, o registro de valores mobiliários lastreados em direitos creditórios autônomos originados de créditos tributários ou não, parcelados, a serem cedidos pelo Governo do Estado de Goiás (Lei Estadual 18.873/2015), até que esta Corte delibere sobre o mérito da Representação do Ministério Público junto ao TCU (peça 105);**

j) **determinar a oitiva da Comissão de Valores Mobiliários, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria do Tesouro Nacional e do estado de Goiás acerca de todos os fatos tratados na Representação do Ministério Público junto ao TCU (peça 105);**

k) **constituir processo apartado ao TC 016.585/2009-0, para tratar da medida cautelar proposta na Representação do Ministério Público junto ao TCU contra a operação do estado de Goiás (peça 105);**

l) encaminhar cópia dos presentes autos ao Ministério Público da União, com vistas à adoção das medidas que julgar convenientes e oportunas;

m) encaminhar cópia dos presentes autos ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, para ciência, em relação, respectivamente, ao FIDC-NP BH, ao FIDC-NP Nova Iguaçu e ao Fedat-DF, dos aspectos evidenciados nesta Representação;

n) encaminhar cópia da decisão que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, ao presidente do Senado Federal, ao ministro da Fazenda, ao presidente do Banco Central do Brasil, ao secretário do Tesouro Nacional, ao procurador-geral da Fazenda Nacional, ao presidente do Banco do Brasil, ao Conselho de Administração do Banco do Brasil, ao Conselho Fiscal do Banco do Brasil, ao Ministério Público da União, ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ao Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União, ao presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ao presidente da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal e ao presidente da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional;

o) arquivar os presentes autos, com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.”

Em atenção à manifestação solicitada por Vossa Excelência (peça 128), o Ministério Público de Contas manifesta-se, em essência, de acordo com a proposição da Semag. Sugere, com as devidas vênias, entre outros ajustes, que seja deferido o pedido de habilitação do município de São Paulo/SP para atuar como interessado nos presentes autos (artigo 146 do Regimento Interno/TCU) e que, por conseguinte, não seja promovido o arquivamento do presente feito (alíneas “b” e “o”, *supra*).

II

De início, vejamos os contornos jurídicos dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios – FIDC e do conceito de “operação de crédito” de que trata a LRF.

A Resolução CMN 2.907/2001 autorizou a constituição e o funcionamento de fundos de investimento em direitos creditórios e de fundos de aplicação em quotas de fundos de investimento em direitos creditórios.

Nos termos da Instrução CVM 356/2001 (artigo 2º, incisos I, II e III), que regulamentou a constituição e o funcionamento desses fundos de investimento, entre outros:

a) **direitos creditórios** são os direitos e títulos representativos de crédito, originários de operações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil e de prestação de serviços, e os *warrants*, contratos e títulos referidos no § 8º do artigo 40 da referida ICVM 356/2001;

b) **cessão de direitos creditórios** é a transferência pelo cedente, credor originário ou não, de seus direitos creditórios para o FIDC, mantendo-se inalterados os restantes elementos da relação obrigacional;

c) **Fundos de Investimento em Direitos Creditórios – FIDC** são uma comunhão de recursos que destina parcela preponderante do respectivo patrimônio líquido para a aplicação em direitos creditórios.

A Instrução CVM 444/2006, ao dispor sobre a constituição e o funcionamento dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados – FIDC-NP, preceitua o seguinte:

“Art. 1º (...)

§ 1º Para efeito do disposto nesta Instrução, **considera-se Não Padronizado o FIDC cuja política de investimento permita a realização de aplicações, em quaisquer percentuais de seu patrimônio líquido, em direitos creditórios:**

I – que estejam vencidos e pendentes de pagamento quando de sua cessão para o fundo;

II – decorrentes de receitas públicas originárias ou derivadas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações;

III – que resultem de ações judiciais em curso, constituam seu objeto de litígio, ou tenham sido judicialmente penhorados ou dados em garantia;

IV – cuja constituição ou validade jurídica da cessão para o FIDC seja considerada um fator preponderante de risco;

V – originados de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial;

VI – de existência futura e montante desconhecido, desde que emergentes de relações já constituídas; e

VII – de natureza diversa, não enquadráveis no disposto no inciso I do art. 2º da Instrução CVM nº 356, de 17 de dezembro de 2001.

§ 2º Será igualmente considerado Não Padronizado:

I – o FIDC cuja carteira de direitos creditórios tenha seu rendimento exposto a ativos que não os créditos cedidos ao fundo, tais como derivativos de crédito, quando não utilizados para proteção ou mitigação de risco; ou

II – o Fundo de Investimento em Cotas de FIDC que realize aplicações em cotas de FIDC-NP.

(...)

Art. 7º O funcionamento dos fundos de que trata esta Instrução, abertos ou fechados, dependerá de prévio registro na CVM.

(...)

§ 9º Nos fundos que realizarem aplicações nos direitos creditórios referidos no inciso II do § 1º do art. 1º desta Instrução, ou em direitos creditórios cedidos ou originados por empresas controladas pelo poder público, deverá ser apresentada manifestação acerca da existência de compromisso financeiro que se caracterize como operação de crédito, para efeito do disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo, em caso positivo, ser anexada competente autorização do Ministério da Fazenda, nos termos do art. 32 da referida Lei Complementar.

(...)” (grifou-se)

De acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal:

“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.”

Essa definição ganha relevância em razão do disposto no artigo 52 da Constituição Federal, que prevê a competência privativa do Senado Federal – SF para *“VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal”*.

Em absoluta coerência com a louvável preocupação do legislador constitucional de zelar pela saúde financeira das unidades federadas e de evitar o endividamento desmedido, o artigo 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal determina ao Ministério da Fazenda a verificação do cumprimento dos limites e das condições referentes à realização de operações de crédito de cada um dos entes da Federação:

“Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente.

§ 1º O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições:

(...)

III - observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal;

(...)

VI - observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar.”

A Resolução SF 43/2001, por sua vez, dispôs que “*Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios encaminharão ao Ministério da Fazenda os pedidos de verificação de limites e condições para a realização das operações de crédito de que trata esta Resolução, com a proposta do financiamento ou empréstimo e instruídos com: (...)*” (artigo 21 com a redação dada pela Resolução SF 10, de 2010).

A Lei Complementar 101/2000, nos termos de seu artigo 1º, § 1º, almeja a responsabilidade na gestão fiscal, que “*pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio atual e futuro das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar*”.

De acordo com a Exposição de Motivos Interministerial 106/MPOG/MF/MPAS, de 13.4.1999, com a edição da LRF, buscou-se construir compromisso em favor de um regime fiscal capaz de assegurar o equilíbrio intertemporal das contas públicas, entendido como bem coletivo, do interesse geral da sociedade brasileira, por ser condição necessária para a consolidação da estabilidade de preços e a retomada do desenvolvimento sustentável.

Portanto, os princípios que regem a Lei de Responsabilidade Fiscal são todos convergentes e tendentes a que se disciplinem e se limitem os meios e os modos de comprometimento de receitas públicas futuras para satisfação de necessidades ou vontades políticas presentes. Ou seja, a LRF estabelece controles, freios e limites para o endividamento dos entes governamentais, com o fim, também, de evitar a inflação, pois esta é uma alternativa para o setor público se financiar quando gasta ou se endivida mais do que pode.

O Ministério Público de Contas tem perfeita ciência de que o endividamento público pode ser necessário e até conveniente para possibilitar a implementação de certas opções políticas, notadamente para grandes investimentos. Contudo, não pode ir a ponto de comprometer o equilíbrio intertemporal das contas públicas, alçado à condição de “*bem coletivo, do interesse geral da sociedade brasileira*”.

Na seara das finanças públicas e do Direito Financeiro, o cuidado no exame das normas há de ser redobrado, pois se está a zelar pela higidez financeira dos entes governamentais e, em última instância, pela própria estabilidade econômico-financeira do país.

Como visto, a LRF define operação de crédito como “*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*” (artigo 29, inciso III).

Por imperativo lógico, essa definição, incluída no capítulo “Da Dívida e do Endividamento”, deve ser interpretada no contexto da norma, que trata de responsabilidade na gestão fiscal, calcada no equilíbrio intertemporal das contas públicas.

A tipificação de operações de crédito na lei complementar, como se vê, não é taxativa, contém tipologia aberta, ou seja, sua enumeração é meramente exemplificativa. A essência do conteúdo legal, porém, é clara: compromisso financeiro.

O conteúdo dessa 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.

Se a ideia do marco normativo fosse disciplinar apenas operações de crédito usuais, que valia a locução “*outras operações assemelhadas*” poderia nos proporcionar? Certamente, nenhuma.

A interpretação do direito, cumpre frisar, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, compreendendo processo de contínua adaptação à realidade e a seus conflitos (STF, RE 597.994).

III

Duas questões centrais permeiam este processo:

1 - A cessão a um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios do fluxo de caixa decorrente do produto do adimplemento dos créditos inscritos em dívida ativa, como ocorreu no caso do FIDC-NP BH, e ocorreria no âmbito do FIDC-NP Nova Iguaçu, mesmo com a exclusão da Cláusula 11.7.1 do Regulamento do Fundo, e do Fedat-DF, enquadra-se no conceito de operação de crédito estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal?

2 - A mera existência de antecipação de recursos caracteriza as operações como de crédito, no sentido adotado pelo artigo 29, III, da LRF?

Ao ver do Ministério Público de Contas, a resposta a ambas as perguntas é afirmativa.

Até recentemente, a Resolução 43/2001, do Senado Federal, no que interessa ao presente debate, tinha a seguinte redação:

“Art. 5º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação;

II - assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de títulos de crédito, não se aplicando esta vedação a empresas estatais dependentes;

III - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento *a posteriori* de bens e serviços;

IV - realizar operação de crédito que represente violação dos acordos de refinanciamento firmados com a União;

V - conceder qualquer subsídio ou isenção, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, incentivos, anistias, remissão, reduções de alíquotas e quaisquer outros benefícios tributários, fiscais ou financeiros, que não atendam ao disposto no § 6º do art. 150, e no inciso VI, e na alínea g do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal;

VI - em relação aos créditos decorrentes do direito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de participação governamental obrigatória, nas modalidades de *royalties*, participações especiais e compensações financeiras, no resultado da exploração de petróleo e gás natural, de recursos hídricos para fins de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental ou zona econômica exclusiva;

a) ceder direitos relativos a período posterior ao do mandato do chefe do Poder Executivo, exceto para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União;

b) dar em garantia ou captar recursos a título de adiantamento ou antecipação, cujas obrigações contratuais respectivas ultrapassem o mandato do chefe do Poder Executivo.

§ 1º Constatando-se infração ao disposto no *caput*, e enquanto não promovido o cancelamento ou amortização total do débito, as dívidas serão consideradas vencidas para efeito do cômputo dos limites dos arts. 6º e 7º e a entidade mutuária ficará impedida de realizar operação sujeita a esta Resolução.

§ 2º Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de *royalties* será exclusiva para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União.

§ 3º Nas operações a que se refere o inciso VI, serão observadas as normas e competências da Previdência Social relativas à formação de Fundos de Previdência Social.

§ 4º Excepcionalmente, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que sofreram redução nas receitas de que trata o inciso VI, inclusive de participações especiais, poderão contratar operações financeiras no limite das perdas apuradas entre a média recebida nos exercícios de 2013 e 2014 e a projeção para os anos de 2015 e 2016, dando em garantia os *royalties* a serem recebidos, contanto que o pagamento por tal contratação não comprometa mais de 10% (dez por cento) do valor total projetado em consequência da exploração dos mesmos recursos, por ano, sem a observância do disposto nas alíneas do referido inciso e no § 2º, bem como dos limites de que trata o art. 7º, ressaltando que a aplicação da totalidade do recurso observará a legislação aplicável a cada fonte de receita. *(Incluído pela Resolução n.º 2, de 2015)*

§ 5º Para os fins do disposto no § 4º, considera-se perda a diferença entre a média aritmética do total dos recursos recebidos nos exercícios de 2013 e 2014 pelo respectivo ente federado e a previsão para os anos de 2015 e 2016, com base nos dados e projeções dos órgãos competentes. *(Incluído pela Resolução n.º 2, de 2015)*”

Novas resoluções do Senado Federal – RSF, contudo, foram editadas, a saber:

“**RESOLUÇÃO Nº 11, DE 2015** [de 31/8/2015, DOU de 1/9/2015]

Altera a Resolução nº 43, de 2001, que ‘dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências’, para **permitir que as estruturas de Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC), com base em recebíveis originados pelo parcelamento de dívida ativa, não sejam consideradas e enquadradas como operação de crédito conforme estabelecido pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), na hipótese que prevê.**

O Senado Federal resolve:

Artigo único. O art. 5º da Resolução do Senado Federal nº 43, de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 5º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VII - em relação aos créditos inscritos em dívida ativa:

a) ceder o fluxo de recebimentos relativos a período posterior ao do mandato do chefe do Poder Executivo, exceto para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União;

b) dar em garantia ou captar recursos a título de adiantamento ou antecipação do fluxo de recebimentos cujas obrigações contratuais respectivas ultrapassem o mandato do chefe do Poder Executivo;

c) cedê-los em caráter não definitivo ou quando implicar, direta ou indiretamente, qualquer compromisso de garantir o recebimento do valor do crédito cedido, em caso de inadimplemento por parte do devedor.

(...)

§ 2º Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de *royalties* ou da antecipação do fluxo de recebimentos dos créditos inscritos em dívida ativa será destinada exclusivamente para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União.

§ 3º Nas operações a que se referem os incisos VI e VII, serão observadas as normas e competências da Previdência Social relativas à formação de Fundos de Previdência Social.

(...)"

“RESOLUÇÃO Nº 17, DE 2015 [11/11/2015, DOU de 12/11/2015]

Altera a Resolução do Senado Federal nº 43, de 2001, que ‘dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências’, para **modificar as regras de cessão de recebíveis relativos aos direitos creditórios da dívida ativa.**

O Senado Federal resolve:

Art. 1º O art. 5º da Resolução do Senado Federal nº 43, de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 5º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VII - em relação aos créditos inscritos em dívida ativa:

a) ceder o fluxo de recebimentos relativos aos direitos creditórios da dívida ativa de forma não definitiva ou com cláusula revogatória;

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.**

(...)

§ 2º Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de *royalties* será exclusiva para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União.

§ 3º Nas operações a que se refere o inciso VI, serão observadas as normas e competências da Previdência Social relativas à formação de Fundos de Previdência Social.

(...)'

Art. 2º Revoga-se a alínea ‘c’ do inciso VII do art. 5º da Resolução do Senado Federal nº 43, de 2001.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.” (grifou-se)

Como se verá adiante, essas inovações legislativas não têm, diferentemente do que poderia parecer à primeira vista, o condão de alterar as conclusões pretéritas do Ministério Público de Contas, no sentido de que (peças 45, 58 e 105):

- a) 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;
- b) a cessão a um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios do fluxo de caixa decorrente do produto do adimplemento dos créditos inscritos em Dívida Ativa Tributária enquadra-se no conceito de operação de crédito estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, e não no conceito de alienação de ativos.

A petição inicial da Semag no processo apenso bem ilustra o contexto (peça 1 do TC-043.416/2012-8):

“12. Um FIDC é um instrumento de captação de recursos instituído no ano de 2001. O mecanismo pode ser resumido da seguinte forma:

- i) uma determinada entidade possui ativo (créditos a receber) registrado em seu patrimônio, cujo recebimento ocorrerá no futuro;
- ii) referida entidade cede (transfere a titularidade) o respectivo ativo (créditos a receber) ao FIDC, mediante uma taxa de desconto em relação ao valor de face dos créditos; e
- iii) o FIDC paga o respectivo montante à entidade cedente, passando a ser proprietário (titular da relação obrigacional) dos respectivos créditos a receber.

13. Desse modo, um FIDC ‘tradicional’ representa, de fato, uma cessão de direitos, o que, no âmbito da administração pública, é uma operação classificada como receita de capital oriunda da alienação de bens. Porém, um FIDC também pode ser estruturado em modalidade ‘não tradicional’. De acordo com referida modalidade, não ocorre a cessão do ativo (créditos a receber) ao Fundo de Investimentos, ou seja, não ocorre a transferência de titularidade da relação obrigacional.

14. De fato, na modalidade ‘não tradicional’, a entidade titular do ativo (créditos a receber) assume, perante o FIDC, em troca de pagamento efetuado com a entrega de cotas emitidas pelo próprio Fundo, o compromisso de entregar, ao FIDC, o fluxo de caixa decorrente do adimplemento de seus créditos.

15. Referida modalidade de FIDC, portanto, por não representar uma transferência de titularidade dos créditos a receber, não se enquadraria no conceito de alienação de bens, mas, sim, no conceito de ‘operação de crédito’ estabelecido pelo inciso III do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal (...).”

A Resolução SF 17/2015, conforme visto, **veda a cessão do fluxo de recebimentos relativos aos direitos creditórios da dívida ativa** de forma não definitiva ou com cláusula revogatória, bem como **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 101/2000, caracterizar operação de crédito.**

Em momento anterior ao advento das resoluções acima mencionadas, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional exarou, em sede de consulta, o Parecer PGFN/CAF 1.579/2014. Seus principais argumentos e a resposta ao consulente são os que seguem (peças 42 e 47, item 8, do TC-043.416/2012-8):

“8.1. Na cessão do fluxo financeiro decorrente de créditos inscritos em dívida ativa, não é transferida a titularidade do crédito pelo cedente ao cessionário (que permanece, pois, no ativo do primeiro), mas tão somente o fluxo financeiro decorrente dos pagamentos efetuados pelos devedores ao credor. Desde que inexistente, no caso concreto, obrigação por parte do cedente de garantir eventual crédito inadimplido pelo devedor - seja em dinheiro, seja substituindo-o por outro crédito -, não há que se falar em operação de crédito, já que inexistiria obrigação de pagar por parte do cedente, mas, apenas, obrigação de fazer, no caso, repassar ao cessionário o numerário entregue ao credor pelo devedor inscrito em dívida ativa. Tal entendimento permanece verdadeiro, mesmo no caso de o cedente se obrigar a cobrar

judicialmente o crédito não adimplido, tendo em vista que tal obrigação não se caracteriza enquanto obrigação de pagar, mas de fazer.

8.2. A condição para qualquer crédito ser inscrito em dívida ativa é seu inadimplemento, ou seja, trata-se de crédito que deveria ter sido recebido e não o foi, portanto, que deveria ter impactado a ‘receita passada’ do ente e que, por isso mesmo, é devido no presente, motivo pelo qual não deveria ser incluído no conceito de ‘receita futura’, no mesmo sentido em que, por exemplo, são as receitas de fatos geradores de tributos ainda não ocorridos.

8.3. A antecipação de recursos não é condição suficiente para a conceituação da medida como operação de crédito, pois, se isso fosse verdadeiro, toda e qualquer alienação de ativo deveria ser considerada operação de crédito, haja vista que alienar um ativo significa transformar em ‘receita presente’ uma ‘receita futura’, real ou potencial. Não se pode definir a antecipação de recursos futuros como operação de crédito no sentido da LRF. Tal entendimento atende ao sentido finalístico da LRF, o qual não é interferir nas escolhas do ente público no tocante à distribuição intergeracional de receitas, mas o de garantir a administração sustentável da dívida pública. Em outras palavras, a cessão definitiva de direitos creditórios não constitui operação de crédito para os fins da LRF por não acarretar endividamento novo ou mais gravoso para o ente que cede tais direitos, ou seja, ‘dependendo do uso mais ou menos sábio que se dê aos recursos antecipados com a venda de ativos, pode-se até admitir que o ente, em decorrência da venda do ativo, ficou mais pobre no futuro, mas não que ficou mais endividado.’”

“a) As operações de cessão definitiva de direitos creditórios ou do fluxo financeiro decorrente de tais direitos, quando não implicar, direta ou indiretamente, qualquer compromisso de garantir o recebimento do valor do crédito cedido, em caso de inadimplemento por parte do devedor, não constitui operação de crédito, no sentido da LRF;

b) A submissão de qualquer operação de ente subnacional ao processo de verificação, pelo Ministério da Fazenda, de limites e condições, previsto no art. 32 da LRF e em dispositivos correlatos da RSF nº 43, de 2001, depende da caracterização da referida operação como operação de crédito, motivo pelo qual as operações de cessão definitiva de direitos creditórios ou do fluxo financeiro decorrente de tais direitos, desde que nas condições descritas no item ‘a’ acima, não se submetem ao referido processo de verificação;

c) A posição da PGFN sobre as operações de cessão definitiva de direitos creditórios ou do fluxo financeiro decorrente de tais direitos tem sido a mesma, em essência, no sentido definido nos itens ‘a’ e ‘b’ acima, a qual, salvo modificação de entendimento ou enquanto não houver posicionamento vinculante distinto por parte da cúpula da Advocacia-Geral da União ou do Tribunal de Contas da União, deverá servir de orientação básica para a análise por parte da STN das referidas operações.”

A instrução final da unidade técnica, em todos os seus escalões (peças 124/6), é rica em argumentos que evidenciam, a toda prova, que, nos casos de BH e de Nova Iguaçu, bem como do DF, a cessão do fluxo de caixa decorrente do produto do adimplemento dos créditos inscritos em dívida ativa enquadra-se, indubitavelmente, no conceito de operação de crédito estabelecido pela Lei Complementar 101/2000.

Vejam, então, preliminarmente, por partes, as características determinantes das operações envolvendo a cessão do fluxo de caixa no âmbito do **FIDC-NP BH**, do **FIDC-NP Nova Iguaçu** e do **Fedat/DF**:

1) FIDC-NP BH:

Nestes autos, a unidade técnica ilustrou, didaticamente, a estrutura da operação realizada no âmbito do FIDC-NP BH (peça 3, pp. 41/2):

CEDENTE (Ente)	CESSIONÁRIO (FIDC)	OBSERVAÇÕES
-----------------------	---------------------------	--------------------

1	Município de Belo Horizonte – BH possui contribuintes registrados na “dívida ativa tributária”.	-	-
2	Município integraliza o patrimônio do FIDC-NP BH com a assunção de uma obrigação, ou seja, de um compromisso financeiro junto ao Fundo.	-	A integralização não foi efetuada com a cessão do ativo “dívida ativa tributária”, pois este permanece de titularidade do Município.
3	-	Emitte 100 cotas, no valor de R\$ 1 milhão cada, diretamente ao Município de Belo Horizonte – MG.	As cotas, num total de R\$ 100 milhões, passam a fazer parte do patrimônio da municipalidade.
4	O município, com auxílio do Custodiante (Banco do Brasil), aliena as cotas no mercado secundário de balcão.	-	As cotas saem do patrimônio do município e vão para o patrimônio dos investidores. Em troca, a municipalidade obtém “receita de capital alienação de bens”.
5	Contribuintes pagam suas dívidas ao município, ainda titular dos direitos creditórios.	-	Agente arrecadador (Banco do Brasil), por força contratual, não recolhe referidos valores aos cofres do município, transferindo-os diretamente à “conta transitória de arrecadação”.
6	-	FIDC recebe os recursos do Banco do Brasil, dando quitação ao município de parcela da obrigação assumida na forma do item “2”.	-
7	-	FIDC amortiza ou resgata as cotas junto aos investidores.	-

OPERAÇÃO REALIZADA NO ÂMBITO DO FIDC-NP BH

1Município inscreve Contribuintes em Dívida Ativa Tributária. Investidores adquirem cotas e entregam R\$ ao Município. 7 FIDC resgata as cotas junto aos Investidores. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - MG CONTRIBUINTES INVESTIDORES FIDC Contribuintes passam a dever ao Município. 5 Contribuintes pagam a Dívida Ativa Tributária ao Município, por intermédio do Agente Arrecadador. 3 FIDC emite cotas para o Município. 2 Município integraliza o FIDC com a assunção de uma “obrigação”. 4 Município vende as cotas aos Investidores. BANCO DO BRASIL 6 Agente Arrecadador / Custodiante entrega os R\$ diretamente ao FIDC.

Em sua instrução final, o sr. Auditor da Semag aduziu, com a anuência dos dirigentes da unidade técnica, pertinentes fundamentos para caracterizar essa operação de crédito, cabendo destacar os seguintes (peça 124, itens 23/9 e 31/5):

a) a natureza da operação não permitiria que o valor patrimonial da cessão fosse deduzido do total da dívida ativa. Até porque a titularidade da dívida ativa é indelegável. Ou seja, na referida negociação, manteve-se no patrimônio da municipalidade o ativo “dívida ativa” que daria origem ao referido fluxo de caixa futuro. Nesse sentido, não há que se falar em dedução do fluxo de caixa do ativo “dívida tributária”. É a própria impossibilidade de transferência de titularidade da dívida ativa que determina a contabilização do fato, e não o inverso;

b) o Código Civil Brasileiro prevê, como exemplificou a PGFN, a concessão de superfície, cuja cessão está prevista nos artigos 1.369 a 1.377 da Lei 10.406/2002. O Código Tributário Nacional, porém, não apresenta nenhuma previsão de cessão da dívida ativa;

- c) não procede a alegação da PGFN de que o conceito de operação de crédito perde o sentido de constituir dívida financeira caso se considere a afirmação da Semag de que o compromisso financeiro não se restringe às operações que envolvam assunção de risco ou de um compromisso de adimplência por parte do município. No caso em análise, não houve transferência de risco, que permaneceu com o município;
- d) nesse sentido, em momento algum os direitos creditórios “cedidos” ao fundo saem do controle do município, que cede apenas o direito autônomo ao recebimento do crédito. Não há que se falar, portanto, em transferência de risco, que permanece com o município;
- e) outro fator que chama a atenção na operação em análise é a imprevisibilidade de quanto o município de Belo Horizonte irá pagar no futuro pelas cotas recebidas do FIDC e comercializadas no mercado;
- f) a esse respeito, pelo regulamento do FIDC, essas cotas teriam remuneração máxima de DI + 4% a.a. (peça 10, p. 15), a depender da arrecadação do município, ou seja, pelas regras do fundo, essas cotas poderiam ter rentabilidade menor. Nesse sentido, existiria uma imprevisibilidade do município em não se saber quanto iria pagar pelas cotas colocadas em mercado. Ainda que se fale em imprevisibilidade, existiriam grandes chances, pelo histórico de recebimentos da dívida ativa pelo Município de Belo Horizonte, de o ente pagar DI + 4% a.a. aos investidores;
- g) nesse contexto, a engenhosa operação estruturada no âmbito do FIDC-NP BH tentou transformar a impossibilidade de venda de um ativo peculiar, de competência tributária indelegável, em algo similar à venda, para fugir dos controles da LRF;
- h) ademais, ainda que o regulamento do fundo fale em ausência de risco pelo município ante a inadimplência dos devedores, não é isso que se verifica na prática, visto que os riscos do recebimento do ativo permanecem com o município, que também não saberá ao certo quanto pagará de juros pela antecipação de receita, ante a imprevisibilidade dos recebimentos dos fluxos da dívida ativa;
- i) o fato de a dívida ativa corresponder a receitas que deveriam ser arrecadadas no passado não gera o direito de que esse ativo possa ser comercializado com deságio para recebimento presente sem que essa operação seja considerada de crédito. A dívida ativa tributária é um ativo de titularidade indelegável e representa um conjunto de receitas orçamentárias a arrecadar que pertencem ao exercício em que forem efetivamente pagas. Independentemente da ocorrência do fato gerador, sua antecipação nos moldes descritos no regulamento do FIDC-NP BH representa uma operação de crédito. Ademais, o artigo 37, inciso I, da LRF apenas dispõe sobre tipos de operação de crédito vedadas pela LRF, e não sobre as diversas modalidades de operação de crédito possíveis;
- j) o recebimento, em data futura ou antecipado, de eventuais parcelamentos da dívida ativa concedidos aos contribuintes pelas regras do fisco municipal não é parâmetro hábil a caracterizar a essência da operação realizada entre o Município de Belo Horizonte e o Banco do Brasil. O Município de Belo Horizonte é sujeito ativo da obrigação tributária, o qual detém competência para exigir do contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária, o tributo devido. A forma como esse pagamento se dará e como se processará sua quitação diz respeito aos sujeitos envolvidos nessa relação tributária;
- k) a diferença existente entre o recebimento do imposto pelo ente público por intermédio do contribuinte ou de um fundo é que o município, ao receber essa antecipação de receita por um fundo, estará incorrendo em custos maiores. O deságio obtido pela antecipação de receita para o município pelo fundo traduz-se em custos para o município. Nesse particular, o Regulamento do FIDC-NP BH previu como meta a valorização correspondente a 100% da variação acumulada da taxa DI, acrescida de *spread* ou sobretaxa de 4% ao ano (peça 10, p. 15);
- l) a garantia da operação, considerando os fluxos históricos de recebimento da dívida ativa pelo Município de Belo Horizonte, seria bastante elevada. O fluxo mensal esperado de recebimento da dívida ativa tributária seria, no mínimo, 100% superior ao montante das obrigações mensais do fundo junto a seus cotistas (peça 3, pp. 36/7, itens 79/86), fato que facilitaria o atingimento da meta a ser paga aos cotistas e que redundaria em maiores custos ao Município de Belo Horizonte;
- m) o argumento de a operação em análise corresponder a apenas 0,75% do orçamento anual da municipalidade não justifica a natureza da operação.

De fato, a realidade econômica da operação, à qual se devem subordinar os instrumentos jurídicos utilizados para dar-lhe existência e validade, deixa cristalino e evidente que se cuida, em verdade, de operação de crédito, por meio da qual o Município de Belo Horizonte/MG, para receber no presente uma quantia financeira de seu interesse, compromete parte de sua receita futura.

Seguindo a trilha do Regulamento do Fundo (peças 10, pp. 14/51, e 11, pp. 1/11), verifica-se que o Contrato de Cessão de Direitos Creditórios e Outras Avenças teria supostamente adotado cautelas para resguardar os cofres do Município de Belo Horizonte. Senão, vejamos (peça 11, pp. 27/81):

“2.2.3 As Partes declaram e reconhecem de maneira irrevogável e irretroatável que entre a Data Base e a data da efetiva transferência dos Direitos Creditórios ao Fundo poderá ter havido pagamentos dos Direitos Creditórios, que foram integralmente recebidos pelo Cedente e sobre os quais o Fundo não terá qualquer direito. Assim, **o montante total de Direitos Creditórios que o Fundo terá à disposição para o cumprimento das Obrigações do Fundo poderá ser inferior a aquele existente na Data Base, sem que tal fato confira ao Cessionário qualquer direito a abatimento do Preço de Aquisição.**

2.3 O recebimento, pelo Fundo, de recursos decorrentes do pagamento dos Direitos Creditórios estará **limitado** ao disposto na Cláusula 3 abaixo, bem como ao **montante suficiente à integral liquidação das Obrigações do Fundo.**

2.3.1 Uma vez liquidadas todas as Obrigações do Fundo, **o eventual saldo de valores referentes aos Direitos Creditórios que não tenham sido utilizados pelo Fundo ficará livre e desonerado, devendo ser automaticamente retrocedidos ao Município, sem qualquer ônus.**

2.4 Os Direitos Creditórios serão adquiridos pelo Fundo sem qualquer coobrigação ou assunção de compromisso financeiro por parte do Cedente, não correspondendo referida aquisição a uma operação de crédito para os fins e efeitos da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000.

(...)

3.2 Em virtude da presente Cessão, de forma incondicionada, automática e independentemente de qualquer formalidade, em cada Período de Entrega, a partir da Data de Subscrição Inicial e até a integral liquidação das Obrigações do Fundo, **o Fundo fará jus aos recursos oriundos do pagamento dos Direitos Creditórios, se houver**, depositados e/ou transferidos na e/ou para a Conta Transitória de Arrecadação, **até que seja atingido o Valor Mensal de Recebimento [VMR] calculado de acordo com a fórmula abaixo: (...)**

(...)

3.3 Ressalvado o disposto no item 3.4 abaixo, os recursos depositados e/ou transferidos na e/ou para a Conta Transitória de Arrecadação, durante o Período de Entrega, que excederem o VMR ou que não forem relativos ao pagamento dos Direitos Creditórios, serão transferidos para a Conta do Cedente, ressalvado o disposto no item 3.3.1 abaixo.

3.3.1 Caso, em determinado Período de Entrega, o volume de recursos transferidos e/ou depositados para e/ou na Conta Transitória de Arrecadação, referentes aos Direitos Creditórios, atinja o Limite de Arrecadação, **o Fundo fará jus ao recebimento do VMR Excedente, devendo o restante dos recursos ser transferido para a Conta do Cedente até o final do respectivo Período de Entrega.**

3.3.2 Observado o disposto no item 2.3 acima, **os recursos do VMR Excedente serão utilizados para a amortização compulsória extraordinária das Cotas, de tal maneira que reste inalterado o montante total de Direitos Creditórios a que faz jus o Fundo.**

3.4 Na hipótese da ocorrência de qualquer Evento de Avaliação ou Evento de Liquidação, observado o disposto no item 11.3 abaixo, o Cessionário passará a fazer jus ao recebimento de todos os recursos decorrentes dos Direitos Creditórios, de forma automática, definitiva e incondicional, até a integral liquidação das Obrigações do Fundo, observadas as deliberações da Assembleia Geral, nos termos das Cláusulas 23 e 24 do Regulamento.

3.4.1 O disposto no item anterior não implica concessão de qualquer garantia por parte do Cedente, correspondendo, apenas, a um mecanismo de aceleração do prazo de duração do Fundo.” (grifou-se)

É fato que, do ponto de vista meramente formal, o município não se responsabilizou por eventuais oscilações negativas no fluxo de caixa esperado (Parecer PGFN/CAF 2900/2007 – peças 2, p. 15, e 14, pp. 34/8), nem assumiu obrigação de substituir créditos que porventura viessem a ser cancelados ou modificados, a exemplo da previsão normativa do Convênio ICMS 104/2002 (peça 13, pp. 10/23).

Diz-se do ponto de vista meramente formal, porquanto a realidade econômica da operação revela, a toda evidência, que a possibilidade de não haver a arrecadação esperada para o fundo é meramente teórica, utilizada como figura de retórica e de convencimento, uma vez que o volume assoberbado de créditos tributários inscritos em dívida ativa postos à disposição do fundo, da ordem de R\$ 4,9 bilhões, e o fluxo de recebimentos dele advindo garantiam com larguíssima folga, de forma superabundante, o recebimento dos valores esperados pelo fundo.

Com tal montante de créditos postos à disposição do fundo, com o conhecimento da consistente e crescente série histórica de recebimentos e com, ainda, a satisfação prioritária do compromisso assumido junto ao fundo, por meio da canalização dos recursos recebidos pelo Banco do Brasil diretamente para a conta transitória e repasse para o município apenas do valor excedente, não havia e não há o menor risco para o fundo.

À luz, portanto, da realidade econômica da operação, é uma falácia afirmar-se que o município não assumiu nenhum risco e que todo o risco foi transferido para o fundo. A verdade é que não há risco algum de não recebimento de valores suficientes para satisfazer o cronograma financeiro esperado pelo fundo.

A “cessão do fluxo de caixa” buscou apenas, como é próprio das operações de crédito, antecipar para o município recursos financeiros que, sem essa operação de crédito, somente estariam disponíveis com a posterior realização dos créditos fazendários.

Cabe destacar manifestação proferida no âmbito da CVM a respeito da presente questão, no sentido de que, na operação em tela, o que se verifica é que *“(...) o município abre mão do fluxo de caixa futuro em troca de remuneração à vista”* (peça 2, p. 10, grifou-se).

O compromisso financeiro do município é claro e consiste, exatamente, na obrigação de honrar o pagamento relativo às 100 cotas que recebera do fundo, no valor total de R\$ 100 milhões, a teor do disposto na Cláusula 4 do Contrato de Cessão (peça 11, p. 33):

“4. PREÇO DE CESSÃO

4.1 Pela presente cessão dos Direitos Creditórios, tanto aquela incondicionada quanto aquela sob condição suspensiva, o Cedente receberá 100 (cem) Cotas do Fundo, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) cada, totalizando R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), mediante assinatura, nesta data, do boletim de subscrição cujo modelo integra o Anexo V deste Contrato.

4.2 As Partes reconhecem que o valor atribuído aos Direitos Creditórios, ora pago mediante a subscrição e integralização, pelo Cedente, das Cotas de emissão do Fundo, observa parâmetros de mercado existentes para operações de mesma natureza.

4.3 Mediante assinatura do boletim de subscrição das Cotas, o Cedente confere plena e irrestrita quitação ao Fundo pela aquisição dos Direitos Creditórios, de forma incondicionada e sob condição suspensiva, nada mais sendo devido pelo Fundo ao Cedente.”

Observe-se que o conteúdo declaratório do item 4.2, acima, é absolutamente falacioso e, por isso mesmo, falso, dado que não existem parâmetros de mercado para operações de mesma natureza, porquanto essa operação, com esse desenho, afigura-se, em verdade, inédita. Essa, contudo, não é a questão central dos autos. A questão central é saber se a operação realizada configura ou não uma operação de crédito no conceito amplo albergado pela LRF.

Não procede o argumento de que os recursos advindos dos direitos creditórios cedidos, quitados ou não pelos devedores da dívida ativa tributária, não acarretariam desembolso futuro para a municipalidade.

Esse raciocínio não tem o enfoque correto. A uma, porque o titular dos direitos creditórios é o município. A duas, porque não se trata de um ou outro direito creditório específico cujo recebimento poderia ser frustrado, senão de uma imensa massa de direitos creditórios (R\$ 4,9 bilhões), superabundante, que gera folgado fluxo de recebimentos mais que 4 vezes superior ao necessário para satisfação dos valores devidos ao fundo. A três, existe, sim, o compromisso de o município pagar os R\$ 100 milhões, por meio do recolhimento devido pelos contribuintes, até a integral liquidação das obrigações do fundo, que resgataria as cotas seniores junto aos investidores.

Nesse particular, o Regulamento do FIDC-NP BH assim previu (peça 10, p. 15):

REMUNERAÇÃO DAS COTAS	O Fundo terá como meta de rentabilidade para suas cotas a valorização correspondente a 100% da variação acrescida de <i>spread</i> ou sobretaxa de 4% ao ano.
-----------------------	---

AMORTIZAÇÃO DE COTAS	A amortização das Cotas ocorrerá de acordo com os prazos definidos na Cláusula 16 do Regulamento.
----------------------	---

Previu, adicionalmente, que (peça 10, pp. 32 e 49 – destaques não são do original):

“13.4.2 Liquidação do Fundo – O Fundo poderá ser liquidado em algumas hipóteses previstas neste Regulamento. Se isso ocorrer, poderá não haver liquidez para o pagamento imediato aos Cotistas. Isto pode ocorrer, por exemplo, se parte dos Direitos Creditórios ainda não estiver vencida. Nessa hipótese, tendo em vista que o Contrato de Cessão limita a venda dos Direitos Creditórios pelo Fundo a terceiros, o Fundo terá que aguardar que os Direitos Creditórios sejam pagos pelos devedores e direcionados ao Fundo nos termos do Contrato de Cessão, **até o prazo de prescrição dos Direitos Creditórios**, e então os valores sejam destinados aos Cotistas.

25.1 Diariamente, a partir da Data de Subscrição das Cotas e **até a liquidação integral das Obrigações do Fundo**, a Instituição Administradora se obriga a utilizar os recursos disponíveis para atender às exigibilidades do Fundo, obrigatoriamente, na seguinte ordem de preferência: (...)”

O Contrato de Cessão é rico no detalhamento acerca da “longevidade” das obrigações e das formas de dar garantias e segurança jurídica ao fundo, a saber (peça 11, pp. 27/81):

“2.2.1 Respeitada a Cessão sob Condição Suspensiva, a cessão de Direitos Creditórios objeto deste Contrato é irrevogável e irretirável, transferindo para o Cessionário, em caráter definitivo e **até a efetiva liquidação integral das Obrigações do Fundo**, a plena titularidade dos Direitos Creditórios, juntamente com todos os direitos, garantias, privilégios, preferências, prerrogativas, ações e demais acessórios.

2.3 O recebimento, pelo Fundo, de recursos decorrentes do pagamento dos Direitos Creditórios estará limitado ao disposto na cláusula 3 abaixo, bem como ao montante suficiente **à integral liquidação das Obrigações do Fundo**.

2.3.1 Uma vez liquidadas todas as Obrigações do Fundo, o eventual saldo de valores referentes aos Direitos Creditórios que não tenham sido utilizados pelo Fundo ficará livre e desonerado, devendo ser automaticamente retrocedido ao Município, sem qualquer ônus.

3.2 Em virtude da presente Cessão, de forma incondicionada, automática e independentemente de qualquer formalidade, em cada Período de Entrega, a partir da Data de Subscrição Inicial e **até a integral liquidação das Obrigações do Fundo**, o Fundo fará jus aos recursos oriundos do pagamento dos Direitos Creditórios, se houver, depositados e/ou transferidos na e/ou para a Conta Transitória de Arrecadação, até que seja atingido o Valor Mensal de Recebimento calculado de acordo com a fórmula abaixo: (...)

3.4 Na hipótese da ocorrência de qualquer Evento de Avaliação ou Evento de Liquidação, observado o disposto no item 11.3 abaixo, o Cessionário passará a fazer jus ao recebimento de todos os recursos decorrentes dos Direitos Creditórios, de forma automática, definitiva e incondicional, **até a integral**

liquidação das Obrigações do Fundo, observadas as deliberações da Assembleia Geral, nos termos das cláusulas 23 e 24 do Regulamento.

5.2 A partir da Data de Início da Entrega **até a integral liquidação das Obrigações do Fundo**, todo o produto decorrente do pagamento dos Direitos Creditórios será direcionado para a Conta Transitória de Arrecadação. Todo o produto decorrente do pagamento dos Direitos Creditórios recebidos por 'débito em conta', em toda a rede bancária conveniada, será transferido à Conta Transitória de Arrecadação no Agente Arrecador e o Cedente encaminhará ao Custodiante, diariamente, arquivo contendo as informações sobre tais transferências.

7.2 As declarações aqui prestadas pelo Cedente subsistirão **até a integral liquidação das Obrigações do Fundo**.

9.1 A partir da Assinatura deste Contrato **até que as Obrigações do Fundo tenham sido integralmente liquidadas**, o Cedente se compromete a não (...):

10.1 A partir da Assinatura deste Contrato **até que as Obrigações do Fundo tenham sido integralmente liquidadas**, o Cedente se compromete a (...):

13.1 **O presente instrumento começa a vigorar na data de sua assinatura e permanecerá em vigor até a integral liquidação das Obrigações do Fundo.**" (grifou-se)

O município de Belo Horizonte/MG cedeu e transferiu "ao Fundo, que adquire de acordo com os termos, condições e limitações previstos neste Contrato, todos os direitos decorrentes dos créditos tributários de titularidade do Município, de sua competência e inscritos em sua Dívida Ativa, inclusive seus acessórios, parcelados ou não, descritos no Anexo II deste Contrato e existentes na data-base ('Direitos Creditórios')" (peça 11, p. 29).

Repetindo, para fazer jus às cotas no montante de R\$ 100.000.000,00, a municipalidade pôs à disposição do fundo a incrível monta de R\$ 4.886.507.469,00, correspondente à totalidade do "estoque de direitos creditórios em 30/4/2008" (peça 11, pp. 57/9).

Essa *nuança* não pode passar despercebida, haja vista suas implicações diretas na atratividade e no sucesso do negócio jurídico pretendido, bem como no alcance do conceito de compromisso financeiro tipificado na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Apesar da tentativa de conferir ao negócio uma roupagem jurídica diferente, o que se tem, em verdade e essência, é uma inequívoca modalidade de garantia. A consistente e crescente série histórica de arrecadação de valores advindos da Dívida Ativa Tributária, alusiva aos exercícios anteriores a 2008, permitia antever que, no período de 48 meses, era absolutamente nula a probabilidade de ingresso, no FIDC, de recursos decorrentes dos direitos creditórios em montante inferior ao necessário para ulterior resgate das cotas seniores, pelo fundo, junto aos investidores.

Os números apurados estão contidos na análise levada a termo pela Semag (peça 3, pp. 36/7):

"80. Conforme dados obtidos na rede mundial de computadores, o Balanço Patrimonial do município de Belo Horizonte – MG (fls. 102/106, principal) referente aos anos de 2005 a 2009 evidenciava os seguintes saldos registrados na 'dívida ativa'. É importante ressaltar que não foi possível saber se referidos valores englobavam apenas a 'dívida ativa tributária' ou se envolviam também a 'dívida ativa não tributária'.

Tabela 4 – Dívida Ativa registrada no ativo do município de Belo Horizonte – MG

Itens	2005	2006	2007	2008	2009
Créditos	4.001.320.064,24	4.121.535.980,13	4.740.590.849,83	5.106.493.015,44	5.752.855.837,58
Dívida Ativa	3.983.033.191,28	4.100.350.069,75	4.719.153.836,82	5.082.719.672,62	5.726.681.521,18

Outros Créditos	18.286.872,96	21.185.910,38	21.437.013,01	23.773.342,82	26.174.316,40
-----------------	---------------	---------------	---------------	---------------	---------------

81. O demonstrativo (fls. 107/16, principal) que evidencia a comparação entre o montante da ‘Receita Orçada’ com o montante da ‘Receita Arrecadada’ pelo município mostra os seguintes fluxos de recebimento da ‘dívida ativa tributária’, incluindo principal e encargos.

Tabela 5 – Dívida Ativa Tributária – Valores recebidos pelo município entre 2005 e 2009

Itens	2005	2006	2007	2008	2009
Multas e Juros de Mora dos Tributos	7.475.627,78	7.259.880,45	10.794.960,97	10.991.086,16	12.472.948,52
Receita da Dívida Ativa Tributária	76.777.793,45	85.741.506,09	97.521.282,34	121.581.832,25	128.246.215,86
Total	84.253.421,23	93.001.386,54	108.316.243,31	132.572.918,41	140.719.164,38

82. Dividindo-se os valores da tabela anterior pelos valores da Tabela 4, tomando como verdadeira a hipótese de que esta registra apenas valores para a ‘dívida ativa tributária’ – **o que faz com que o resultado da divisão seja mais conservador** – é possível estabelecer um percentual anual médio de recebimentos de recursos oriundos da ‘dívida ativa’.

Tabela 6 – Valores recebidos em relação ao saldo registrado em Dívida Ativa

Itens	2005	2006	2007	2008	2009
Receitas da dívida ativa tributária (A)	84.253.421,23	93.001.386,54	108.316.243,31	132.572.918,41	140.719.164,38
Saldo da “Dívida Ativa” (B)	3.983.033.191,28	4.100.350.069,75	4.719.153.836,82	5.082.719.672,62	5.726.681.521,18
Recebimentos em (%) (A/B)	2,12%	2,27%	2,30%	2,61%	2,46%

83. Multiplicando-se os percentuais anuais da tabela acima pelo saldo (R\$ 4.886.507.469,00) da ‘dívida ativa tributária’ objeto do Contrato de Cessão assinado entre o Município de Belo Horizonte – MG e o FIDC, são encontrados os seguintes montantes ‘esperados’ de recebimento de recursos.

Tabela 7 – Dívida Ativa Tributária – valor esperado de recebimento

Percentuais (A)	2,12%	2,27%	2,30%	2,61%	2,46%
Saldo da “Dívida Ativa Tributária” (B)	4.886.507.469,00	4.886.507.469,00	4.886.507.469,00	4.886.507.469,00	4.886.507.469,00
Valor esperado de	103.364.685,24	110.832.480,70	112.157.422,76	127.455.102,33	120.073.946,01

recebiment
os (AxB)

84. Ainda que para o cálculo fosse considerado o menor dos percentuais acima (2,12%), é possível verificar que o valor (R\$ 103.346.685) do recebimento esperado da 'dívida ativa tributária' seria superior ao valor (R\$ 100.000.000) dos compromissos financeiros que seriam assumidos pelo município de Belo Horizonte – MG junto ao FIDC. De outro lado, aplicando-se o maior dos percentuais (2,61%), o valor 'esperado' do recebimento seria ainda maior, cerca de R\$ 127.455.102.

85. Significa dizer que, diante do prazo de 48 meses (dois anos) [sic] de duração do FIDC e do giro anual esperado de R\$ 103 milhões (cenário conservador), seria possível inferir que o valor de R\$ 100 milhões constante do item '4.1' do Contrato de Cessão foi, ao que nos parece, calculado e estabelecido de forma que o valor do compromisso assumido pelo município de Belo Horizonte – MG junto ao FIDC se enquadrasse ao teor do Parágrafo Segundo, da Cláusula Primeira, do Contrato de Estruturação do FIDC – transcrito no item '79', acima – que estabelece giro mensal mínimo de 2 vezes o montante das obrigações do FIDC.

Contrato de Cessão – '4.1 Pela presente cessão dos direitos creditórios, tanto aquela incondicionada quanto aquela sob condição suspensiva, o cedente receberá 100 (cem) cotas do fundo, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) cada, **totalizando R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais)**, mediante assinatura, nesta data, do boletim de subscrição cujo modelo integra o Anexo V deste Contrato.' (Grifou-se)

86. Diante de referido mecanismo de proteção, parece claro que à municipalidade não seria necessário apresentar qualquer outro tipo de garantia ou coobrigação ao FIDC, dado que o fluxo mensal esperado de recebimento seria, no mínimo, 100% superior ao montante das obrigações mensais do Fundo junto a seus cotistas." (grifou-se)

Em verdade, a Semag cometeu pequeno erro nessa análise, por considerar em seu cálculo que o prazo de duração seria de apenas dois anos, quando era de quatro anos, o que implica dizer que, para satisfazer a necessidade de arrecadação de R\$ 100 milhões, dispor-se-ia não de dois, mas de quatro anos de arrecadação dos recursos advindos da dívida ativa tributária. Vale dizer, a série histórica de arrecadação desses valores permitia antever que seriam arrecadados quatro vezes mais que o valor necessário para atender o FIDC. A conclusão da Semag, contudo, apenas queda reforçada. Não era mesmo necessário apresentar qualquer outra forma de garantia ou coobrigação ao FIDC, porque o volume de créditos postos à sua disposição foi de tal monta que anulou qualquer risco de inadimplência por parte de um ou outro contribuinte.

A nova roupagem da garantia, portanto, permitiu eliminar os riscos de mercado e de crédito do fundo, fazendo as vezes de verdadeiras "cotas subordinadas".

De fato, assiste razão à PGFN ao afirmar que 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). É exatamente o que se tem nessa operação, analisada sua essência, sua verdade econômica, mal disfarçada sob roupagem jurídica distinta.

No caso de Belo Horizonte, não há cessão da dívida ativa. Ela continua de titularidade do município. Não há a alienação de um ativo, há a assunção de entregar ao FIDC, prioritariamente, o fruto da arrecadação da aludida dívida, cabendo ao município o excedente arrecadado. Isso é claramente um compromisso financeiro.

À luz do disposto no Contrato de Cessão de Direitos Creditórios, houve previsão de comprometimento da receita futura da municipalidade, afinal, foi "cedido o fluxo de caixa" decorrente do produto do adimplemento dos créditos inscritos em Dívida Ativa Tributária.

De fato, repetindo, do ponto de vista meramente formal, não se impõe à municipalidade o ônus de garantir um fluxo mínimo de recursos ao FIDC. Apesar disto, como demonstrado várias vezes neste parecer, a realidade econômica da operação consistente no volume de créditos postos à disposição do município, a abundância do fluxo de recebimentos por ele gerado e o carreamento prioritário desse fluxo para o FIDC eliminam qualquer risco para o FIDC e, por isso e apenas por isso, descreve-se a operação como se houvesse transferência de risco do município para o FIDC, com o intuito evidente de caracterizar a operação como não sendo uma operação de crédito sujeita aos ditames da LRF, ao ponto de se declarar no Contrato de Cessão de Direitos Creditórios e Outras Avenças, na cláusula 2.4 (peça 11, pp. 27/81), que não se cuida de operação de crédito referida pela LRF, como se a qualificação econômico-jurídica pudesse decorrer do enunciado do contrato e não da realidade econômica, do substrato fático que lhe dá vida.

II) FIDC-NP Nova Iguaçu:

As características determinantes do fundo, conforme relato do escritório Veirano Advogados, são as seguintes (peça 27, pp. 222/3, do TC-043.416/2012-8):

“Em 19 de abril de 2013, a Prefeitura do Município de Nova Iguaçu publicou a Lei Municipal 4.622/2013, que instituiu o Fundo Especial de Dívida Ativa - FEDA, que deterá como ativo todos os créditos inadimplidos (vencidos e não pagos no vencimento), inscritos ou não em dívida ativa, de natureza tributária ou não, em fase de cobrança administrativa ou judicial, que estejam com parcelamento em vigor ou não, nos termos do art. 71 da Lei 4.320/1964.

O art. 3º da referida lei autoriza a cessão do fluxo financeiro decorrente da recuperação dos referidos créditos, cessão essa que não extingue ou altera a obrigação tributária ou o crédito tributário, mantendo-se inalterada sua natureza e preservadas todas as garantias e privilégios.

Assim, os atos e procedimentos relacionados à cobrança dos referidos créditos permanecem sob a competência da Secretaria de Fazenda Municipal e da Procuradoria-Geral do Município, a depender da situação.

A Lei Municipal determina, ainda, que em nenhuma hipótese a cessão dos créditos acarretará qualquer tipo de compromisso financeiro que crie para o Município obrigação ou responsabilidade financeira futura.

Conforme previsto no art. 4º, § 2º, da Lei Municipal 4.266/2013, foi constituído o FIDC denominado Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados - Dívida Ativa Nova Iguaçu, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 17.327.766/0001-88, devidamente registrado no 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, sob o nº 3711865-1840798, em 30 de agosto de 2013 (doravante FIDC). Trata-se de condomínio fechado, nos termos da Instrução CVM 356 e da Instrução CVM 444.

O objetivo do FIDC é proporcionar a seus quotistas a valorização de suas cotas por meio da aquisição, pelo FIDC: (i) do fluxo financeiro decorrente da recuperação de direitos creditórios decorrentes de créditos, tributários ou não tributários, vencidos e não pagos, inscritos em dívida ativa ou objeto de parcelamento, em fase de cobrança administrativa ou judicial, cedidos pelo Município de Nova Iguaçu e/ou por Fundo orçamentário especial criado por esse Município (FEDA), conforme o Contrato de Cessão, sem coobrigação do cedente, juntamente com todos os direitos, garantias, privilégios, preferências, prerrogativas e ações relacionados aos direitos creditórios; e/ou (ii) de outros ativos financeiros cuja aplicação também é admitida pelo regulamento.

O FIDC e o Município de Nova Iguaçu (via o FEDA) celebrarão um contrato de Cessão de Direitos Creditórios, o qual deverá prever a cessão para o FIDC do direito ao recebimento do fluxo financeiro decorrente da recuperação dos créditos tributários e não tributários, parcelados ou não, em fase de cobrança administrativa ou judicial.

Como contrapartida pela cessão do fluxo financeiro dos Direitos Creditórios, o FIDC emitirá cotas Mezanino e Subordinadas em favor do Município e efetuará pagamento em dinheiro. A parcela do pagamento em dinheiro pelo FIDC terá como origem a captação feita pelo FIDC de recursos no mercado, por meio da emissão de cotas Seniores.”

As acertadas razões do convencimento da Semag, que caracteriza como de crédito a operação em tela, são, no essencial, as que seguem (peça 124, itens 40/4, 47/50, 52/55 e 58):

a) a PGFN entende que a operação concretizada por meio do FIDC-NP NI seria uma operação de crédito ante o disposto na Cláusula 11.7.1 do regulamento do Fundo (peça 28, p. 61, TC-043.416/2012-8) [*“11.7.1 Até o resgate integral de todas as Quotas Sênior, o valor das Quotas Subordinadas e das Quotas Mezanino deverá corresponder a, no mínimo, 80% (oitenta por cento) do Patrimônio Líquido do Fundo (‘Razão de Garantia’)”*]. Se, porém, considerado apenas o enfoque da mera antecipação de recursos, aquela Procuradoria entende que, por não haver compromisso de pagar, não estaria caracterizada a operação de crédito;

b) apesar das diferenças apresentadas entre o FIDC-NP BH e o FIDC-NP NI, a essência de ambas as operações está na antecipação de fluxos de recebimento da dívida ativa que somente seriam arrecadados no futuro. Nesse sentido, em face da impossibilidade de transferência da titularidade da dívida ativa tributária (itens 11/7 da instrução à peça 124), ainda que não houvesse a Cláusula 11.7.1 da razão de garantia no regulamento do fundo, estaria configurada a operação de crédito;

c) um dos pontos a se destacar da operação seriam as 145 cotas seniores emitidas pelo FIDC-NP NI para instituições financeiras, ao custo unitário de R\$ 1.000.000,00, cujo montante seria repassado ao município de Nova Iguaçu (peça 28, p. 59, itens 11.1 e 11.1.1, TC-043.416/2012-8), para posteriormente ser amortizado pelo município com o possível fluxo de recebimento advindo dos créditos inscritos em dívida ativa, conforme tabela da curva esperada de amortizações (peça 29, pp. 1/2, item 13.3.1, TC-043.416/2012-8);

d) ademais, cabe ressaltar alguns itens previstos no Regulamento do fundo que ressaltam, além do compromisso de pagar, outras obrigações do cedente (peça 28, p. 58, TC-043.416/2012-8):

“9.3 Nos termos do contrato de cessão, o cedente continuará integralmente responsável pela cobrança e recuperação dos Direitos Creditórios cedidos ao Fundo, atividades essas que serão exercidas pela Secretaria Municipal de Economia e Finanças e pela Procuradoria Geral do Município.

9.3.1. O procedimento de cobrança dos Direitos Creditórios integrantes da carteira do Fundo observará procedimentos legais e regulamentares, aos quais estão sujeitas a Secretaria Municipal de Economia e Finanças e a Procuradoria-Geral do Município.

9.3.2. Não obstante o disposto nos itens 9.3 e 9.3.1, o Cedente contratará assessoria especializada das Instituições Cobradoras com o fim de auxiliar a cobrança extrajudicial dos Direitos Creditórios cedidos ao fundo, bem como racionalizar e tornar mais eficiente a recuperação dos Direitos Creditórios, conforme previsto no Contrato de Cobrança.”

e) o cedente, no caso, o município de Nova Iguaçu, continuará responsável pela recuperação dos direitos creditórios e os recursos obtidos em decorrência da recuperação destes créditos serão depositados na conta de recuperação de titularidade do município, para posteriormente serem transferidos para a conta corrente do Fundo (peça 28, p. 55, item 7.3, I, iv, TC-043.416/2012-8). Assim, permanecem no ativo do município os créditos inscritos em dívida ativa;

f) nesse sentido, os recursos decorrentes da emissão das cotas surgem adicionalmente no ativo do ente, gerando-se compromisso de pagar pelo município, conforme a futura arrecadação da dívida ativa, fato que caracteriza a operação como de crédito, sujeitando-a aos controles previstos no artigo 32 da LRF;

g) na operação em análise, existe, pois, o compromisso financeiro do município de pagar, bem como de cobrar e de recuperar os créditos, inclusive com contratação de assessoria especializada de instituições cobradoras, conforme itens 9.3, 9.3.1 e 9.3.2, previstos no Regulamento do Fundo, acima transcritos;

h) não há falar em venda de ativos, considerando que o ativo “dívida ativa” permanece registrado contabilmente no ativo do município. O que se tem, na verdade, é o comprometimento do fluxo financeiro que o ente irá receber no futuro, que inclusive passará pela conta de recuperação do município, para posteriormente ser repassado à conta corrente do fundo;

i) ainda que se tenha retirado do Regulamento do fundo a cláusula referente à obrigação residual do cedente de realizar nova subscrição e integralização ao FIDC em questão, a operação que se pretende realizar por meio do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu deve ser enquadrada no conceito de operação de crédito previsto na LRF;

j) o posicionamento da CVM é no sentido de que a operação em análise é uma operação de crédito (peças 44, p. 3, item 12.6, e 51, TC-043.416/2012-8);

k) assim, mesmo com a alteração das cláusulas, permanece o entendimento da CVM de que as modificações no Regulamento do fundo não alteram sua essência, qual seja, a de operação de crédito, consoante excerto da análise proferida pela CVM em sede de Pedido de Reconsideração protocolado pela NSG Capital (peça 62, pp. 15/6, grifo do autor, TC-043.416/2012-8):

“Afinal, nenhum dos argumentos trazidos pelo requerente é suficiente para afastar o posicionamento de que o Município de Nova Iguaçu assumiria a obrigação de entregar a integralidade dos valores arrecadados a título de Dívida Ativa em troca da antecipação de uma quantia previamente fixada, comprometendo, portanto, parte de sua receita futura. Ou seja, não houve demonstração de que não ocorreria cessão do fluxo financeiro dos direitos creditórios com a finalidade de antecipar recursos que somente poderiam ser utilizados após a realização dos créditos tributários, mediante a promessa de entregar, em momento futuro, a arrecadação da dívida ativa do município. Mantenho, pois, o entendimento de que a operação tem natureza de operação de crédito.

Da mesma forma, não foram trazidos novos elementos afastando o entendimento quanto à ocorrência de compromisso financeiro, já que o titular dos direitos creditórios que seriam cedidos ao Fundo é o Município e essa operação gera, na prática, a diminuição de suas receitas futuras (ainda que as verbas oriundas da Dívida Ativa não tenham data certa de ingresso nos cofres públicos), fato que poderia impactar nas futuras administrações e se enquadraria no conceito previsto no art. 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.”

l) ainda que não houvesse a Cláusula 11.7.1 do regulamento do Fundo (peça 28, p. 61, TC-043.416/2012-8), estaria configurada a operação de crédito, visto que, pela própria essência da operação, o município de Nova Iguaçu assumiria a obrigação de entregar os valores arrecadados a título de dívida ativa em troca da antecipação de uma quantia previamente fixada, comprometendo, portanto, parte de sua receita futura.

III) Fedat/DF:

O Distrito Federal editou a Lei 5.424/2014 (DODF de 3/12/2014), autorizando a instituição do Fundo Especial da Dívida Ativa – Fedat/DF, com a finalidade de contribuir para o aumento da arrecadação dos seus recursos financeiros.

Nos termos do referido diploma legal, o desenho normativo do aludido fundo é, em linhas gerais, o seguinte (peça 59):

a) o Fedat/DF detém, como ativo permanente, todos os créditos inadimplidos inscritos em dívida ativa de natureza tributária ou não, que estejam com parcelamento em vigor ou não ou que não estejam com exigibilidade suspensa, bem como as demais receitas decorrentes de sua atuação;

b) o Distrito Federal é autorizado a ceder o fluxo financeiro decorrente da recuperação dos créditos inadimplidos, de natureza tributária e não tributária, parcelados ou não, em cobrança administrativa ou judicial, que compõem o ativo do Fedat/DF;

c) a cessão autorizada não extingue ou altera a obrigação do devedor para com o DF, assim como não extingue o crédito do DF, nem modifica sua natureza, preservando-se todas as suas garantias e os seus privilégios legais;

d) todos os atos e os procedimentos relacionados à cobrança dos créditos inadimplidos permanecem sob a exclusiva responsabilidade dos órgãos da administração direta e indireta do DF;

e) em nenhuma hipótese a cessão pode acarretar qualquer tipo de obrigação financeira que crie para o DF qualquer comprometimento ou responsabilidade financeira;

f) a securitização não pode envolver qualquer tipo de compromisso financeiro do DF com terceiros, tampouco pode implicar o DF na condição de garantidor dos ativos securitizados;

g) em contraprestação pela utilização dos direitos creditórios, o Fedat/DF deve receber os ativos financeiros emitidos e os recursos advindos da negociação de tais cotas no mercado financeiro;

h) na hipótese de alteração ou revogação desta lei, que implique a interrupção ou a alteração do fluxo dos recursos destinados ao resgate dos ativos financeiros colocados no mercado financeiro, o Distrito Federal deve assumir a posição de garantidor perante os investidores adquirentes dos ativos financeiros, devendo providenciar a imediata devolução a eles dos recursos recebidos, acrescidos dos encargos pactuados.

O Fedat/DF, portanto, padece dos mesmos vícios procedimentais observados na tentativa de instituição do FIDC-BH, a saber: a tentativa de descaracterizar sua natureza de operação de crédito e, com isto, tentar dispensar o exame do Ministério da Fazenda e do Senado Federal quanto à adequação da operação ao limite de endividamento do ente federado.

Nessa linha de raciocínio, procede a tese da Semag, que caracteriza a operação como de crédito, conforme apertada síntese (peça 124, itens 60/2, 65/70 e 78):

a) o TJDFT considerou inconstitucional a Lei Distrital 5.424/2014, que autorizou a instituição do Fedat/DF [suspensão da lei, com efeitos *ex nunc* e eficácia *erga omnes*]. Seguem alguns dos argumentos que fundamentaram a decisão cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2014.00.2.031955-0 (peça 118):

a.1) a vinculação de receita de impostos a fundo ou despesa é expressamente vedada pelo artigo 151, inciso IV, da Lei Orgânica do Distrito Federal – LODF. Nesse contexto, a lei não poderia determinar que as receitas dos créditos inadimplidos inscritos em dívida ativa vinculam-se ao fundo instituído pelo diploma normativo;

a.2) o artigo 10 do instrumento normativo autoriza o Poder Executivo a proceder à abertura de créditos adicionais de até 20% do patrimônio do fundo, entretanto, não há recurso disponível para a cobertura do valor proposto, pois a autorização também abrange receita que não ingressou no fundo, como valores que ainda serão obtidos com a cobrança judicial de débitos inscritos em dívida ativa, venda de ativos, bem como os rendimentos e os frutos decorrentes da aplicação dos valores antes citados;

a.3) a abertura de créditos adicionais sobre receita futura tem nítida conformação de operação de crédito (empréstimo), visto que as receitas do Fedat/DF são compostas por valores que ainda serão objeto de cobrança judicial, venda de ativos e rendimentos decorrentes. Nesse sentido, aparentemente viola o artigo 15 da Resolução 43/2001, do Senado Federal, que veda a contratação de operação de crédito nos 120 dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Poder Executivo do estado, do Distrito Federal ou do município;

a.4) a contratação de empréstimos sob garantias futuras não veio acompanhada da previsão do impacto a recair na administração subsequente, como exige o artigo 146, § 1º, da LODF;

b) a impossibilidade de se vincularem as receitas dos créditos inadimplidos ao Fedat/DF está prevista nos artigos 151, inciso IV, da LODF e 167, inciso IV, da Constituição Federal. Ainda que tal vinculação fosse permitida, a operação que se pretenderia realizar com os direitos creditórios que comporiam o ativo do Fedat/DF deveria ser caracterizada como operação de crédito;

c) o Fedat/DF deteria, como ativo permanente, todos os créditos inadimplidos em dívida ativa, de natureza tributária ou não, ficando o Distrito Federal autorizado a contratar o Banco de Brasília para realizar as operações de securitização dos ativos do Fedat/DF (peça 120, artigos 2º e 4º, inciso I, da Lei Distrital 5.424/2014). Essas operações de securitização permitiriam a entrada de receita antecipada na conta de resultado do Fedat/DF, por meio da negociação de quotas no mercado financeiro, que seriam remuneradas pelo recebimento do fluxo financeiro futuro referente aos créditos inscritos em dívida

ativa. Assim, a operação que iria ocorrer no âmbito do Fedat/DF constituiria uma operação de crédito, devendo ser submetida aos controles dos limites e condições realizados pelo Ministério da Fazenda (artigo 32 da LRF);

d) dependendo da amplitude que se dê ao conceito de antecipação de receita, realmente não se pode dizer que qualquer antecipação de receita seja caracterizada como operação de crédito, quanto mais quando se levam em consideração os eventuais benefícios que um ativo vendido pode gerar no futuro;

e) não é a simples “antecipação de receita futura” que está sendo equiparada a operação de crédito e vedada pelo citado dispositivo da LRF, mas a obtenção de receita no presente com base em compromisso financeiro – isto é, compromisso de pagar no futuro;

f) a dívida ativa tributária guarda, entre as suas peculiaridades, a impossibilidade de transferência de sua titularidade. O professor Kiyoshi Harada afirma que “*crédito tributário é bem público indisponível, inegociável e irrenunciável porque existe como instrumento necessário ao cumprimento dos fins do Estado. Logo, ele está fora de comércio, não podendo ser objeto de cessão, nos precisos termos do art. 286 do Código Civil*” (peça 45, p. 38);

g) assim, não há que se falar em entrega do produto da venda ao comprador, visto que os créditos inscritos em dívida ativa devem permanecer no ativo do Distrito Federal, por intermédio do Fedat/DF. O que se tem, na verdade, é o recebimento de receita presente com deságio, que será quitada com o fluxo de recebimentos no futuro dos créditos inscritos em dívida ativa;

h) ante a impossibilidade de se transferirem os créditos inscritos da dívida ativa, criam-se mecanismos de transferência de fluxos futuros de recebimentos destes créditos, sem que estes saiam do registro do ativo do ente, bem como de seu controle, criando-se antecipações de receita orçamentária (empréstimos) que geram um passivo para o Distrito Federal, que se traduz no compromisso financeiro de repassar ao fundo securitizador os recursos arrecadados na conta de recuperação;

i) a diferença apresentada entre “obrigação de pagar” e “obrigação de fazer” nas diversas manifestações da PGFN, de que, se tem “obrigação de fazer”, não é operação de crédito, e de que, se tem “obrigação de pagar”, é operação de crédito, não é bem definida em nenhum dos casos analisados nesta instrução. De fato, ainda que se considere possível a venda dos direitos creditórios, as prerrogativas de exigibilidade e de cobrança destes continuariam com os entes federados, redundando em custos que poderiam ser considerados “obrigação de pagar”. Nesse sentido, no caso em análise, além de o Distrito Federal ter que repassar ao fundo os valores arrecadados (“obrigação de fazer”, segundo a PGFN), estariam implícitos outros custos de cobrança e arrecadação que poderiam ser traduzidos em “obrigação de pagar”. Portanto, as definições práticas que a PGFN buscou dar ao caso analisado não são hábeis a caracterizar a operação;

j) entretanto, para que não reste nenhuma pendência neste processo, cabe esclarecer que a essência das três operações, seja do FIDC-NP BH, seja do FIDC-NP NI, seja do Fedat/DF, independentemente de cláusulas que só vêm a reforçar o conceito da operação, é de operação de crédito, visto que, em todos os casos, há a obrigação do ente de entregar, no futuro, os valores arrecadados a título de dívida ativa em troca da antecipação de uma quantia previamente fixada.

IV

Passemos ao exame das inovações legislativas.

Como registrado anteriormente, as Resoluções SF 11/2015 e 17/2015 não têm o condão de excluir as operações ora em análise do conceito de operação de crédito tipificado na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Isso porque, como bem ponderou a Semag (peça 124, itens 79/90):

a) a **Resolução SF 11, de 31/8/2015**, alterou a Resolução-SF 43/2001 para “*permitir que as estruturas de Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC), com base em recebíveis originados pelo parcelamento de dívida ativa, não sejam consideradas e enquadradas como operação de crédito, conforme estabelecido pela LRF*”;

b) entretanto, embora a permissão mencionada conste da ementa da resolução, não existem, no texto do referido ato normativo, dispositivos que legitimem a autorização prevista na ementa, conforme excerto da Resolução SF 11/2015, que alterou o artigo 5º da Resolução SF 43/2001:

“Art. 5º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VII - em relação aos créditos inscritos em dívida ativa: *(Incluído pela Resolução n.º 11, de 2015)*

a) ceder o fluxo de recebimentos relativos a período posterior ao do mandato do chefe do Poder Executivo, exceto para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União; *(Incluído pela Resolução n.º 11, de 2015)*

b) dar em garantia ou captar recursos a título de adiantamento ou antecipação do fluxo de recebimentos cujas obrigações contratuais respectivas ultrapassem o mandato do chefe do Poder Executivo; *(Incluído pela Resolução n.º 11, de 2015)*

c) cedê-los em caráter não definitivo ou quando implicar, direta ou indiretamente, qualquer compromisso de garantir o recebimento do valor do crédito cedido, em caso de inadimplemento por parte do devedor. *(Incluído pela Resolução n.º 11, de 2015)*

(...)

§ 2º Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de *royalties* ou da antecipação do fluxo de recebimentos dos créditos inscritos em dívida ativa será destinada exclusivamente para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União. *(Redação dada pela Resolução n.º 11, de 2015)*

§ 3º Nas operações a que se referem os incisos VI e VII, serão observadas as normas e competências da Previdência Social relativas à formação de Fundos de Previdência Social. *(Redação dada pela Resolução n.º 11, de 2015)*

(...)”

c) as alíneas “a” e “b”, acima transcritas, da Resolução SF 11/2015 apresentam restrições temporais à cessão do fluxo de recebimentos e à dação em garantia, bem como à captação de recursos a título de adiantamento ou antecipação do fluxo de recebimentos da dívida ativa, enquanto a alínea “c” veda a cessão em caráter não definitivo ou quando implicar o compromisso de garantir o recebimento do valor do crédito cedido;

d) vedar a cessão em caráter não definitivo ou quando implicar compromisso do ente em garantir o valor do crédito não quer dizer que a cessão “definitiva” de recebíveis cujo fato gerador já tenha ocorrido, inscritos em dívida ativa, não seja enquadrada como operação de crédito, nos termos da LRF. Em momento algum a resolução afirma isso, nem poderia;

e) não há que se falar em cessão definitiva de créditos tributários inscritos em dívida ativa;

f) em nenhum dos fundos analisados nesta instrução existiu previsão de cessão definitiva dos créditos inscritos em dívida ativa ao modelo securitizador. Os créditos inscritos em dívida ativa em momento algum saíram do controle do estado. De fato, ante a impossibilidade de transferência dos ativos inscritos em dívida ativa tributária ao modelo securitizador, o que se observou em todos os casos tratados nesta instrução foi a antecipação de receita futura pelos entes, que seria paga com o fluxo de recebimento dos créditos inscritos em dívida ativa;

g) essa antecipação se daria pela venda de cotas em mercado, o que redundaria na entrada de receita nos cofres dos entes em troca do comprometimento de receita futura que iria remunerar os cotistas, cabendo inclusive questionar a possibilidade de se vincular essa receita futura de impostos ao pagamento dos cotistas, ante o disposto no artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal;

h) a Resolução SF 11/2015, portanto, não legitimou que a cessão “definitiva” de recebíveis cujo fato gerador já tenha ocorrido, inscritos em dívida ativa, não seja enquadrada como operação de crédito, e nem poderia. Não existe previsão legal para a cessão definitiva da dívida ativa, devendo tal matéria ser objeto de amplo estudo, inclusive para se definir qual a melhor forma legal de se disciplinar a matéria, seja em nível constitucional por meio de emendas, seja por lei complementar;

i) a Resolução SF 17/2015, publicada em 11.11.2015, dispôs sobre novas alterações no inciso VII do artigo 5º da Resolução do Senado Federal 43/2001 e revogou a alínea “c” do mencionado dispositivo, nos termos da redação a seguir:

“Art. 5º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VII - em relação aos créditos inscritos em dívida ativa: *(Redação dada pela Resolução n.º 17, de 2015)*

a) ceder o fluxo de recebimentos relativos aos direitos creditórios da dívida ativa de forma não definitiva ou com cláusula revogatória; *(Redação dada pela Resolução n.º 17, de 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. *(Redação dada pela Resolução n.º 17, de 2015)*

(...)

§ 2º Qualquer receita proveniente da antecipação de receitas de *royalties* será exclusiva para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União. *(Redação dada pela Resolução n.º 17, de 2015)*

§ 3º Nas operações a que se refere o inciso VI, serão observadas as normas e competências da Previdência Social relativas à formação de Fundos de Previdência Social. *(Redação dada pela Resolução n.º 17, de 2015)*

(...)”

j) a Resolução SF 17/2015 retirou, assim, a vinculação dos recursos oriundos da antecipação do fluxo de recebimentos dos créditos inscritos em dívida ativa para o pagamento de dívida com a União e para capitalizar fundos de previdência, ao alterar o § 2º do inciso VII do artigo 5º da Resolução SF 43/2001. Ademais, ao modificar as alíneas “a” e “b” do inciso VII do artigo 5º da mencionada norma, retirou as limitações temporais para a cessão do fluxo de recebimentos dos créditos inscritos em dívida ativa;

k) ainda que a Resolução SF 17/2015 tenha alterado substancialmente as modificações inseridas pela Resolução SF 11/2015 na Resolução SF 43/2001, não se verificam, em seu texto, dispositivos que legitimem que a cessão “definitiva” de recebíveis cujo fato gerador já tenha ocorrido, inscritos em dívida ativa, não seja considerada como operação de crédito.

Sobre as recentes resoluções do Senado Federal, convém reproduzir as pertinentes considerações do sr. Diretor da Semag (peça 125, grifos no original):

“Tratam os autos de Representação destinada originalmente a examinar o enquadramento da operação realizada entre o município de Belo Horizonte/MG e o FIDC-NP (fundo de investimento em direitos creditórios – não padronizado) no conceito de operação de crédito nos termos da Lei Complementar 101/2000. Por estarem diretamente afetas ao mérito, foram também abrangidas na análise do presente processo operações realizadas pelo Distrito Federal e pelo município de Nova Iguaçu/RJ.

Trata-se de tema extremamente sensível às finanças públicas nacionais. As operações que vêm sendo engendradas por diversos entes da Federação, com uso de créditos recebíveis de dívida ativa, em especial as relativas à dívida ativa tributária, têm um potencial relevante de se tornarem mais uma fonte de endividamento dos entes subnacionais. Agrava o fato de que tais operações estão sendo realizadas à margem do controle do Ministério da Fazenda, a quem a LRF atribuiu a verificação do cumprimento

dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação e o registro centralizado e atualizado das dívidas públicas interna e externa.

Sensível a essa preocupação, o Senado Federal, por meio da Resolução 17/2015, deu um tratamento mais rigoroso à questão ao vedar a cessão do fluxo de recebimentos relativos aos direitos da dívida ativa com assunção, pelo ente subnacional, 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 de Responsabilidade Fiscal, caracterizar operação de crédito.

Enfatiza-se a expressão ‘qualquer outra espécie de compromisso financeiro’ inserida na norma, já que a maioria dessas operações é desenhada de maneira tal que o compromisso financeiro do ente da Federação, existente na essência das operações, está subjacente em cláusulas e mecanismos contratuais complexos que, por vezes, não permitem a fácil visualização do compromisso financeiro existente na operação. Mais uma vez, o legislador mostrou-se sensível ao dar uma adjetivação abrangente, não restritiva, ao termo ‘compromisso financeiro’, o que facilita o enquadramento da operação para fins de vedação.

O fato de, por vezes, não existirem cláusulas contratuais de garantia em caso de frustração da arrecadação de receita esperada não quer dizer que não exista o compromisso financeiro por parte do ente. É que a operação é desenhada, em termos de prazos, valores e mecanismos bancários, de forma tal que o fluxo histórico é, na essência, uma garantia de que a operação terá sucesso. Em outras palavras, se o fluxo histórico de recebimento da dívida ativa de um determinado ente da Federação é, por exemplo, de R\$ 100.000,00 ao ano, e a operação é contratada pelo período de três anos ao valor de R\$ 250.000,00, é difícil crer que haverá problemas na liquidação dessa operação. Desnecessária, pois, qualquer cláusula que expresse o compromisso do ente em caso de frustração de arrecadação da receita esperada, já que tal frustração não ocorrerá, ou dificilmente ocorrerá.

Entretanto, o fato de não haver cláusula de garantia não significa que o compromisso financeiro do ente para com o FIDC não exista. Se a arrecadação da dívida ativa que antes ingressava na conta única do ente passa, com a contratação da operação, a ingressar diretamente em conta bancária vinculada ao FIDC para honra de cláusula financeira contratual e só depois, e em caso de sobra, é que passa aos cofres públicos, fica claro o compromisso financeiro a ser honrado por recursos públicos.

De outra forma, se a arrecadação dos recursos da dívida ativa continua a ingressar na conta única do ente mesmo depois de contratada a operação, mas fica estabelecido um mecanismo de repasse ao FIDC para honra de cláusula financeira contratual antes de qualquer outra destinação, também resta evidente o compromisso financeiro a ser honrado com recursos públicos.

Daí a importância da abrangência do termo ‘qualquer outra espécie de compromisso financeiro’ dada pela Resolução SF 17/2015.

Na essência, as operações objeto destes autos engendradas pelos entes da Federação buscam o recebimento adiantado, junto aos FIDCs, de receitas orçamentárias futuras para pagamento *a posteriori*, na medida em que estas mesmas receitas orçamentárias forem ingressando aos cofres públicos. Está claro o compromisso financeiro de recursos públicos. Ou seja, na essência, está-se tratando de operações de crédito nos termos da LRF.

Por fim, se antes era possível, em tese, a formulação de operações de crédito como as analisadas nos presentes autos, desde que cumprissem o rito de autorização perante o Ministério da Fazenda, agora, com a nova redação dada pela Resolução SF 17/2015, tal possibilidade sequer existe mais.

Manifesto-me, portanto, de acordo com as propostas de encaminhamento feitas pelo AUFC Rafael Cavalcante Patusco na instrução precedente.”

Embora, certamente, não tenha sido esse o propósito do ato normativo, a interpretação literal da Resolução SF 17/2015 permite tranquilamente concluir que, de fato, o emprego da expressão “qualquer outra espécie de compromisso financeiro” prevista na nova redação dada ao artigo 5º, inciso VII, alínea “b”, da Resolução SF 43/2001 veda a constituição de fundos assemelhados ao FIDC-NP BH, ao FIDC-NP Nova Iguaçu e ao Fedat/DF.

Essa nova redação, vale lembrar, preceitua ser vedado aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios ceder o fluxo de recebimentos relativos aos direitos creditórios da dívida ativa com assunção de qualquer espécie de compromisso financeiro que possa, nos termos da Lei Complementar 101/2000, caracterizar operação de crédito.

Ainda sobre o assunto, constou do relatório do Projeto de Resolução do Senado Federal 26/2015 (SF PRS 26/2015), que veio a se converter na Resolução SF 11/2015, o seguinte[footnoteRef:2]: [2: Diário do Senado Federal 132. Publicado em 27/08/2015. Sessão de 26/08/2015. P. 364. <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/08/2015&paginaDireta=00361.>]

“(…) no final de 2009, o Tribunal de Contas da União (TCU), através da Instrução de Processo TC-016.585/2009-0, entendeu que a estrutura se enquadrava no conceito de operação de crédito estabelecido no artigo 29, inciso III, da LRF. Este relatório recebeu contra-argumentação da Diretoria Jurídica do Banco do Brasil e ainda aguarda encaminhamento do ministro-relator Raimundo Carreiro da Silva para conclusão da análise.

O objetivo do Projeto de Resolução sob análise é resolver de uma vez por todas a controvérsia sobre os FIDC.

(…) o PRS não está tentando alterar indiretamente a LRF. O projeto apenas tenta tornar a Resolução do Senado Federal nº 43, de 2001, mais clara.

A alteração proposta está de acordo com vários pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), segundo os quais os FIDCs não deveriam ser enquadrados como operação de crédito.

Considerando que a alteração que está sendo proposta à Resolução nº 43, de 2001, visa tão somente a tornar explícita uma interpretação da LRF que vem sendo defendida há vários anos pela PGFN, julgamos importante citar o parecer PGFN/CAF/1579/2014[footnoteRef:3] (…)” [3: Os principais argumentos do Parecer PGFN/CAF 1.579/2014 e a resposta ao consultante estão transcritos no item III do presente parecer do Ministério Público de Contas. A matéria é tratada nas peças 42 e 47, item 8, do TC-043.416/2012-8, apenso.]

Do Projeto de Resolução do Senado Federal 50/2015 (SF PRS 50/2015), convertido, posteriormente, na Resolução SF 17/2015, reproduz-se o excerto a seguir[footnoteRef:4]: [4: Diário do Senado Federal 181. Publicado em 11/11/2015. Sessão de 10/11/2015. Pp. 144/59. <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/11/2015&paginaDireta=00144.>]

“I – RELATÓRIO

(…)

Na Justificação, está dito que este projeto de resolução tem por objetivo aperfeiçoar a Resolução nº 11, de 2015, do Senado Federal, de forma a não criar barreiras inadequadas à operação de cessão de créditos da dívida ativa. Os dispositivos criados igualaram as operações de cessão de créditos às de antecipação de receitas de *royalties* – duas ações de natureza completamente distinta.

As operações relativas a *royalties*, participações especiais e outras compensações financeiras referem-se a fatos geradores de direitos e receitas futuras e não de direitos e fatos geradores ocorridos no passado e inadimplidos pelos contribuintes. Ou seja, no caso dos *royalties*, há uma expectativa de direito e, conseqüentemente, de receita por parte do Estado. A limitação de antecipação das receitas no tempo é uma maneira de evitar que todo o fluxo de direitos futuros seja empregado em um único período. Mas esta não se confunde com o direito já ocorrido, com fato gerador passado, como é o caso dos direitos creditórios da dívida ativa.

Assim, o PRS nº 50, de 2015, propõe nova redação ao inciso VII do art. 5º, para tratar de forma adequada e correta a natureza das operações de cessão de direitos creditórios da dívida ativa, garantindo-se, apenas, que a cessão do direito creditório seja feita de forma definitiva e explicitando

que o risco associado à eventual inadimplência nos créditos cedidos não ficará nas mãos do Ente Federativo.

Não foram apresentadas emendas ao projeto.

II – ANÁLISE

O Projeto de Resolução do Senado nº 50, de 2015, se encontra de acordo com a Constituição Federal (CF), com as regras regimentais do Senado Federal e atende aos princípios da boa técnica legislativa. Nada temos a opor quanto aos aspectos jurídicos da proposta.

O objetivo do PRS nº 50, de 2015, é alterar o artigo 5º da Resolução do Senado Federal nº 43, de 2001, que dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências, incluindo informações sobre o tratamento a ser dado às operações de cessão de direitos creditórios da dívida ativa.

As alterações propostas têm por objetivo corrigir falhas na construção da Resolução nº 11, de 2015, do Senado Federal, de forma a não criar restrições inadequadas à operacionalização da cessão de créditos da dívida ativa. Essa resolução igualou as operações de cessão de créditos às de antecipação de receitas de *royalties*, que consideramos como sendo operações de natureza distinta.

Para que se entenda a finalidade do projeto, necessário se faz uma revisão conceitual, bem como um histórico da situação.

A dívida ativa abrange os créditos a favor da fazenda pública, tanto de natureza tributária quanto não tributária e não recebidos nas datas acordadas ou aprazadas. A inscrição em dívida ativa tem o objetivo de legitimar a origem do crédito em favor da fazenda pública, acrescentando os requisitos jurídicos para as ações de cobrança.

Os valores inscritos em dívida ativa podem gerar um fluxo de caixa, em razão da recuperação de valores, representando créditos a receber ou um ativo. Tais valores podem ser incluídos em programas de recuperação de dívidas, visando ao recebimento imediato ou à negociação administrativa.

Assim sendo, em 2009, a prefeitura de Belo Horizonte (MG), utilizando assessoria do Banco do Brasil, estruturou um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios, por meio de cessão do fluxo de caixa de recebíveis gerados pelos adimplementos dos parcelamentos da dívida ativa municipal. Tal estruturação estava amparada no Parecer PGFN/CAF 2.900/2007 [à peça 14, pp. 34/8, e análise da Semag à peça 3, pp. 21/2, itens 10/9, entre outros], que concluía que a cessão do fluxo, na forma apresentada, não representava operação de crédito para efeito da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Entretanto, no final de 2009, o Tribunal de Contas da União (TCU), através da Instrução de Processo TC-016.585/2009-0, entendeu que a referida estrutura se enquadrava no conceito de operação de crédito estabelecido no artigo 29, inciso III, da LRF. Este relatório recebeu contra-argumentação da Diretoria Jurídica do Banco do Brasil e ainda aguarda encaminhamento do ministro-relator Raimundo Carreiro da Silva para conclusão da análise.

A Resolução nº 11, de 2015, do Senado Federal acabou com a controvérsia sobre esse fluxo de recebíveis relativos aos direitos creditórios da dívida ativa. Essa resolução está de acordo com vários pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), segundo os quais a antecipação desses fluxos de recebíveis relativos aos direitos creditórios da dívida ativa não deveria ser enquadrada como operação de crédito.

No entanto, a Resolução nº 11 do Senado Federal, de 2015, impôs às operações de cessão de créditos as mesmas restrições das operações de antecipação de receitas de *royalties*, que consideramos como sendo inadequadas. A antecipação de receitas de *royalties*, trata de uma expectativa de receita futura, já as operações de cessão de crédito da dívida ativa se referem a créditos tributários que não foram recolhidos à época.

Em outras palavras, trata-se de direito já ocorrido, com fato gerador passado. Dessa forma, as alterações nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso VII do art. 5º da Resolução nº 43, de 2001, visam a diferenciar o tratamento dado a esse tipo de operação e viabilizar a estruturação financeira dessas operações.

Em relação ao artigo 2º do PRS, que revoga a alínea ‘c’ do inciso VII do art. 5º da Resolução do Senado Federal nº 43, de 2001, a alteração é necessária já que o dispositivo está contemplado na alteração proposta à alínea ‘a’ do mesmo artigo.

Julgamos, portanto, meritório o PRS nº 50, de 2015, em diferenciar o tratamento dado às duas operações e não criar barreiras inadequadas à estruturação financeira da cessão de créditos da dívida ativa.

Ademais, destacamos a importância da manutenção de dispositivo para garantir que a cessão de direitos da dívida ativa só possa ocorrer em caráter definitivo, explicitando que o risco associado à eventual inadimplência nos créditos cedidos não ficará nas mãos do Ente Federado.

Apresentamos emenda de redação à ementa do projeto, uma vez que esta faz referência à Lei de Responsabilidade Fiscal, no entanto, não há dispositivo na referida Lei que trate das operações de cessão de créditos da dívida ativa. Assim, consideramos que essa referência deva ser suprimida.

III – VOTO

Diante do exposto, voto pela aprovação do Projeto de Resolução do Senado nº 50, de 2015, com a seguinte emenda:

Emenda nº 1, CAE

Altera-se a ementa do Projeto de Resolução do Senado nº 50, de 2015, para o seguinte texto:

‘Altera a Resolução nº 43, de 2001, que dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências, para modificar as regras de cessão de recebíveis relativos aos direitos creditórios da dívida ativa.’

Sala da Comissão, em 10 de novembro de 2015.

Senador **DELCÍDIO DO AMARAL**, Presidente

Senador **RICARDO FERRAÇO**, Relator”

A teor do disposto no Regimento Interno do Senado Federal[footnoteRef:5]: [5:
<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno.>]

“Art. 393. Compete ao Senado:

I - fixar limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Const., art. 52, VI);

II - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo poder público federal (Const., art. 52, VII);

III - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (Const., art. 52, VIII);

IV - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Const., art. 52, IX).

Parágrafo único. As decisões do Senado quanto ao disposto neste artigo terão forma de resolução tomada por iniciativa:

I - da Comissão de Assuntos Econômicos, nos casos dos incisos II, III e IV do *caput*;

II - da Comissão de Assuntos Econômicos, por proposta do Presidente da República, no caso do inciso I do *caput*.”

Pedindo todas as vênias, mesmo que imbuído das melhores intenções e do seu sempre elevado senso de justiça, não caberia ao Senado, **mediante resolução** e ainda que indiretamente, **tentar definir, por vias transversas, o real alcance de um conceito inserido em lei complementar**, qual seja, o conceito de operação de crédito de que trata a LRF (artigo 29, inciso III, da Lei Complementar 101/2000).

No caso, os limites de sua competência privativa estão bem definidos na Constituição de 1988 (artigo 52, VII): “*dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno (...)*”.

O exato alcance do que venha a ser operação de crédito somente por ser alterado por via de modificação na própria lei complementar ou em outra de mesma hierarquia, de modo a preservar a efetiva legitimidade do processo legislativo. Vale dizer, a definição de um conceito em sede de legislação complementar exige que eventuais alterações nesta definição também ocorram por intermédio do legislador complementar.

A resolução deve, claro, encontrar seu fundamento de validade nos atos que lhes são superiores e o princípio da hierarquia das leis exige que seja observado o âmbito material reservado pela Constituição às leis complementares.

Nesse sentido, a Carta Cidadã prevê que:

“Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I - finanças públicas;

II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

III - concessão de garantias pelas entidades públicas;

(...)”

Nos termos do artigo 30 da Emenda Constitucional 19/1998, “*o projeto de lei complementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal será apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no prazo máximo de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda*”.

Em face dessas considerações, tem-se que resoluções do Senado Federal que porventura venham a “*permitir que as estruturas de Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC), com base em recebíveis originados pelo parcelamento de dívida ativa, não sejam consideradas e enquadradas como operação de crédito, conforme estabelecido pela LRF*”, padecerão de vício, por usurpação de competência normativa afeta à legislação complementar, tendo em vista o conceito de operação de crédito de que trata o artigo 29, inciso III, da Lei Complementar 101/2000.

Consoante precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“A disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa – se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresso, a

preveja. (...)" (MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17/4/1997, Plenário, DJ de 7/12/2006.)

"Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. LC 101, de 4-5-2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). MP 1.980-22/2000. (...) LC 101/2000. Vício formal. Inexistência. (...) Por abranger assuntos de natureza diversa, pode-se regulamentar o art. 163 da Constituição por meio de mais de uma lei complementar." (ADI 2.238-MC, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 9/8/2007, Plenário, DJE de 12/9/2008.)

Demais disso, a interpretação literal da Resolução SF 17/2015 permite concluir, como bem defendeu o sr. Diretor da Semag (peça 125), que o emprego da expressão "*qualquer outra espécie de compromisso financeiro*" prevista na nova redação dada ao artigo 5º, inciso VII, alínea "b", da Resolução SF 43/2001 veda, a partir da data da publicação da mencionada Resolução 17/2015 (DOU de 12.11.2015), a constituição de fundos assemelhados ao FIDC-NP BH, ao FIDC-NP Nova Iguaçu e ao Fedat/DF, por caracterizarem a operação de crédito prevista no artigo 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse contexto, cabe propor ao TCU, no mérito deste processo, que explicita a natureza jurídica de operação de crédito das operações financeiras discutidas nestes autos.

V

Em 25.3.2015, o município de São Paulo/SP formulou pedido de ingresso nos presentes autos, nos termos do artigo 146 do Regimento Interno/TCU (peças 92/3).

Vossa Excelência determinou, em 17.6.2015, o retorno do feito à Semag, para reinstrução, "*em face da superveniência de novos elementos às peças 44, 45, 49, 53, 58, 59, 61, 74, 80, 83, 84, 92/93 e 96, sem prejuízo das providências já ordenadas na decisão cautelar à peça 62*" (peça 100).

Examinemos o pleito do ente federado.

De início, para ilustrar o cenário, tem-se, na esfera municipal, os seguintes marcos legais:

Lei Municipal 14.934, de 18/6/2009 (peça 93, pp. 40/7):

"Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar contratos, convênios ou quaisquer outros tipos de ajustes necessários, inclusive convênio de cooperação e contrato de programa, com o Estado de São Paulo, a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP e a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, previstos nas Leis Federais nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, nº 11.107, de 6 de abril de 2005, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como na Lei Complementar Estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007, com a finalidade de regulamentar o oferecimento compartilhado do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário no âmbito do Município de São Paulo, bem como assegurar a sua prestação pela SABESP, pelo prazo de 30 (trinta) anos, prorrogável por igual período, desde que:

I - os investimentos a serem realizados pela SABESP sejam definidos em conjunto pelo Estado e pelo Município de São Paulo, observados os Planos Municipal, Metropolitano e Estadual de Saneamento, que constituirão, para essa finalidade, um Comitê Gestor formado por representantes indicados pelos dois entes;

II - os investimentos previstos no acordo sejam completamente amortizados no decorrer da execução do ajuste que for celebrado com a SABESP, ressalvados os investimentos de caráter extraordinário não pactuados inicialmente;

III - sem prejuízo do disposto no art. 5º, a SABESP e o Município cheguem a um acordo sobre os valores a serem transferidos a este último, a título de contrapartida inicial, que poderão ser utilizados pelo Município no equacionamento de suas pendências financeiras com a SABESP, após a conclusão da avaliação econômico-financeira dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no

âmbito do Município de São Paulo. § 1º A ARSESP poderá exercer as funções de regulação e fiscalização do ajuste, ressalvadas as competências do Estado e do Município.

§ 2º Os ajustes previstos no *caput* deste artigo conterão mecanismo de revisão de tarifas e do percentual definido no inciso II do art. 5º, para mais ou para menos, com periodicidade não superior a 4 (quatro) anos, a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro, sem prejuízo de revisões extraordinárias.

(...)

Art. 5º A partir da data de celebração dos ajustes referidos no art. 1º, e durante todo o período de vigência de tais instrumentos, incluindo eventual prorrogação, a SABESP deverá destinar, no mínimo, os percentuais abaixo indicados, aplicados sobre a receita bruta obtida a partir da exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de São Paulo, observadas as deduções previstas no § 2º:

I - 7,5 % (sete inteiros e cinco décimos por cento) para o Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura, em periodicidade trimestral, sendo que eventuais inadimplências dos órgãos da administração direta, fundações e autarquias do Município serão deduzidas do montante a ser transferido;

(...)

Art. 6º Fica instituído o Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura, junto à Secretaria Municipal de Habitação, destinado a apoiar e suportar ações de saneamento básico e ambiental e de infraestrutura no Município.

Parágrafo único. Sem prejuízo das ações de saneamento básico e ambiental de responsabilidade da SABESP, os recursos do Fundo deverão ser aplicados no custeio de obras e serviços relativos a:

I – intervenções em áreas de influência ou ocupadas predominantemente por população de baixa renda, visando à regularização urbanística e fundiária de assentamentos precários e de parcelamentos do solo irregulares;

II – limpeza, despoluição e canalização de córregos;

III – abertura ou melhoria do viário principal e secundário, vielas, escadarias e congêneres, em áreas de influência ou ocupadas predominantemente por população de baixa renda, visando à regularização urbanística e fundiária de assentamentos precários e de parcelamentos do solo irregulares;

IV – provisão habitacional para atendimento de famílias em áreas de influência ou ocupadas predominantemente por população de baixa renda, visando à regularização urbanística e fundiária de assentamentos precários e de parcelamentos do solo irregulares;

V – implantação de parques e de outras unidades de conservação necessárias à proteção das condições naturais e de produção de água no Município, de reservatórios para o amortecimento de picos de cheias, de áreas de esporte, de obras de paisagismo e de áreas de lazer;

VI – drenagem, contenção de encostas e eliminação de riscos de deslizamentos;

VII – desapropriação de áreas para implantação das ações de responsabilidade do Fundo;

VIII – implantação de sistemas de captação, armazenamento e utilização de águas pluviais, subterrâneas e de reúso, observadas as normas legais sanitárias e de saúde pública, em equipamentos públicos e nas áreas de influência ou ocupadas predominantemente por população de baixa renda. (Redação acrescida pela Lei Municipal 16.172/2015)”

Lei Municipal 15.969, de 14/2/2014 (peça 93, pp. 38/9):

“Art. 1º Fica a Prefeitura do Município de São Paulo autorizada a ceder, a título oneroso, os direitos creditórios previstos no inciso I do art. 5º da Lei nº 14.934, de 18 de junho de 2009.

§ 1º A cessão deverá ser em caráter definitivo, sem assunção, pelo Município, perante o cessionário, de responsabilidade pelo efetivo pagamento por parte da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo ou de outra espécie de compromisso financeiro que, nos termos da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000, seja caracterizado como operação de crédito.

§ 2º Caso a cessão seja realizada por intermédio de estruturas de mercado de capitais, ela deverá observar as normas e procedimentos definidos pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas demais legislações pertinentes.

§ 3º O produto da cessão dos créditos a que se refere esta lei será utilizado pela Prefeitura, por intermédio do Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura - FMSAI, para atendimento das finalidades definidas para o Fundo no art. 6º da Lei nº 14.934, de 2009.

§ 4º A cessão de que trata o *caput* deste artigo fica restrita aos créditos com vencimento em até 5 anos contados da publicação desta lei.”

Nestes autos, a municipalidade argumenta, em apertada síntese, que (peças 92/3, grifos no original):

a) o despacho prolatado pelo eminente Ministro Bruno Dantas (peça 93, pp. 33/7), então relator do TC-043.416/2012-8, ora apensado aos autos principais deste TC-016.585/2009-0, afetou diretamente os interesses desta urbe;

b) a intervenção do município de São Paulo – MSP, no presente processo, é medida que se impõe para que seja afastado prejuízo irreversível à cidade de São Paulo e à sua população;

c) o município de São Paulo modelou, juntamente com a Caixa Econômica Federal, a instituição de um FIDC, onde se previa a cessão dos direitos creditórios decorrentes de contrato celebrado com a Sabesp, em que esta companhia deve depositar trimestralmente, em favor do Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura – FMSAI, o percentual de 7,5% do total das contas de água de instalações daquela empresa localizadas no território municipal;

d) o pedido de registro do referido fundo, naquela oportunidade denominado FIDC Saneamento Ambiental e Infraestrutura São Paulo, foi protocolado junto à CVM, cuja área técnica, por meio do MEMO/CVM/SIN/227/2014 (peça 93, pp. 18/26), nos autos do Processo RJ-2014-359, enquadrou o referido FIDC como operação de crédito, para efeito de exigir a autorização do Ministério da Fazenda de que trata o artigo 7º, § 9º, da ICVM 444/2006, referendada pela Decisão do Colegiado da CVM em 23/9/2014 (peça 93, pp. 15/7) e comunicada por meio do Ofício/CVM/SIN/GIE/2853/2014 (peça 93, p. 14);

e) segundo a CVM, apesar de a PMSP não ter obrigação de integralizar novas cotas do FIDC na eventualidade de desenquadramento do nível de subordinação das cotas seniores, **“a ausência de expressa responsabilização dessa obrigação não descaracteriza o compromisso financeiro do ente como operação de crédito, já que a cessão dos direitos creditórios, em si, já resulta no comprometimento de receitas futuras da PMSP”**;

f) esse entendimento, segundo a CVM, decorreu da conclusão compartilhada pelo PARECER/107/2014/PFE-CVM/PGF/AGU (peça 93, pp. 27/31), no sentido de que, **“como a PMSP se comprometeria a entregar ao Fundo valores a serem recebidos da SABESP, estaríamos diante de um compromisso financeiro que configuraria operação de crédito, nos termos da LRF”** (peça 93, pp. 18/26);

g) a CVM entendeu, portanto, que a mera obrigação de transferência dos fluxos financeiros recebidos da Sabesp e cedidos ao FIDC já seria suficiente para caracterizar a referida transação como uma operação de crédito, o que exigiria, então, autorização do Ministério da Fazenda para a instituição do Fundo;

h) tal entendimento, é bom que se frise, é frontalmente contrário ao da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, no caso específico do FIDC do MSP, em parecer lavrado em 10/3/2015 (PARECER/PGFN/PGA/242/2015 – peça 93, pp. 48/52), reiterou seu posicionamento no sentido de que:

“a) As operações de cessão definitiva de direitos creditórios ou do fluxo financeiro decorrente de tais direitos, quando não implicar, direta ou indiretamente, qualquer compromisso de garantir o recebimento do valor do crédito cedido, em caso de inadimplemento por parte do devedor, não constitui operação de crédito, no sentido da LRF;

b) A submissão de qualquer operação de ente subnacional ao processo de verificação, pelo Ministério da Fazenda, de limites e condições, previsto no art. 32 da LRF e em dispositivos correlatos da RSF nº 43, de 2001, depende da caracterização da referida operação como operação de crédito, motivo pelo qual as operações de cessão definitiva de direitos creditórios ou do fluxo financeiro decorrente de tais direitos, desde que nas condições descritas no item ‘a’ acima, não se submetem ao referido processo de verificação;

c) A posição da PGFN sobre as operações de cessão definitiva de direitos creditórios ou do fluxo financeiro decorrente de tais direitos tem sido a mesma, em essência, no sentido definido nos itens ‘a’ e ‘b’ acima, a qual, salvo modificação de entendimento ou enquanto não houver posicionamento vinculante distinto por parte da cúpula da Advocacia-Geral da União ou do Tribunal de Contas da União, deverá servir de orientação básica para a análise por parte da STN das referidas operações.”

i) o Ministro Bruno Dantas, à época relator do TC-043.416/2012-8, exarou decisão cautelar nos autos daquele processo, determinando que fosse suspenso o registro de *“qualquer fundo que tenha em sua constituição direitos creditórios que se enquadrem na hipótese prevista no art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução-CVM 444/2006, caracterizados como operações de crédito na análise da CVM e que não contenham autorização do Ministro da Fazenda”* (peça 93, pp. 33/7);

j) as razões de decidir trazidas pelo Ministro afastam cabalmente o caso específico do FIDC da Prefeitura de São Paulo. Entretanto, por meio do Ofício CVM/SIN/GIE/0097/2015 (peça 93, p. 32), a CVM comunicou a Caixa que, **por força da decisão cautelar proferida pelo TCU**, havia suspenso o registro do FIDC proposto pela cidade de São Paulo;

k) a CVM adotou apenas a parte dispositiva daquela decisão como suporte jurídico para suspender o registro do referido FIDC que se pretendia registrar, olvidando-se da própria fundamentação trazida pelo Ministro, que afastaria o Fundo da Prefeitura de São Paulo da suspensão determinada;

l) como consequência, o MSP vê-se privado do seu legítimo direito de constituir o referido fundo, o que propiciaria à cidade de São Paulo os recursos financeiros suficientes e necessários para a execução de relevantes projetos nas áreas de habitação popular e de saneamento básico;

m) em síntese, a área técnica da CVM, a despeito de ter expressamente excluído, no caso concreto, *“que o município teria assumido a obrigação de integralizar novas cotas do FIDC em caso de desequilíbrio da chamada ‘razão de garantia’, configurando a existência de uma obrigação financeira contratual por parte do ente federado”* (decisão do Ministro Bruno Dantas – peça 93, pp. 33/7), enquadrou o fundo como operação de crédito, *“... pois o município assumiria a obrigação de entregar a integralidade dos valores recebidos a esse título em troca da antecipação de uma quantia previamente fixada, comprometendo, portanto, parte de sua receita futura. Em outras palavras, como a cessão de fluxo financeiro dos direitos creditórios teria a finalidade de antecipar recursos que somente poderiam ser utilizados após o repasse realizado pela SABESP, mediante a promessa de entregar, em momento futuro, a integralidade dos valores repassados, estaria demonstrada sua natureza de operação de crédito. Ou seja, como o titular dos direitos creditórios é o Município e essa operação gera, na prática, diminuição de suas receitas futuras (ainda que sem data certa de ingresso nos cofres públicos), esse fato gera compromisso financeiro e pode impactar no orçamento das futuras administrações, enquadrando-se, portanto, no conceito previsto no art. 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal”*;

n) assim, o **único e bastante fundamento utilizado pela CVM para considerar o FIDC Saneamento Ambiental e Infraestrutura São Paulo como operação de crédito foi a existência de**

compromisso financeiro de repassar ao fundo os valores recebidos pela Sabesp, objeto da cessão, malgrado ter formalmente reconhecido inexistir na operação qualquer hipótese de garantia de crédito inadimplido mediante obrigação de integralizar novas cotas;

o) veja, portanto, que a CVM admitiu que **o município não se obrigou a integralizar recursos adicionais ao fundo**, para garantia ou recomposição dos valores patrimoniais, no caso de eventual inadimplência do fundo em relação aos seus cotistas. **Não teria assumido, portanto, nenhum risco em relação a eventual problema com o fluxo dos créditos cedidos**, configurando uma típica cessão de créditos. Nada obstante isso, entendeu a CVM que *“a ausência de expressa responsabilização dessa obrigação não descaracteriza o compromisso financeiro do ente como operação de crédito, já que a cessão dos direitos creditórios, em si, já resulta no comprometimento de receitas futuras da PMSP”*;

p) ocorre que a decisão cautelar emitida nos autos do TC-043.416/2012-8 tem em sua fundamentação definição absolutamente diversa do entendimento da CVM e é posterior à decisão daquela Comissão;

q) naqueles autos, o Ministro Bruno Dantas afirma que *“a antecipação de recursos futuros, por si só, não é condição suficiente para a caracterização de operação de crédito”*. Segundo o Min. Relator, *“A questão deve ser avaliada em cada caso concreto à luz, principalmente, dos aspectos contratuais, a fim de verificar a existência ou não de obrigação, por parte do cedente, de garantir eventual crédito inadimplido pelo devedor. Havendo tal obrigação, está-se a falar de operação de crédito; não havendo, inexistiria obrigação de pagar por parte do cedente, mas, apenas, obrigação de fazer (repassar ao cessionário numerário entregue ao credor pelo devedor inscrito em dívida ativa), não se tratando de operação de crédito. Não seria por esse motivo, então, que se concederia a medida cautelar proposta”*. O Ministro deferiu a cautelar, entretanto, por verificar, no caso concreto, que *“o município de Nova Iguaçu assumiu a obrigação de integralizar novas cotas do Fundo em caso de desequilíbrio da chamada ‘razão de garantia’”* (peça 47 do TC-043.416/2012-8);

r) portanto, **o TCU, na decisão cautelar proferida nos autos do TC-043.416/2012-8, expressamente asseverou que a simples obrigação de repassar ao cessionário os valores objeto da cessão não constituía compromisso financeiro capaz de enquadrar a situação como operação de crédito, sendo indispensável para essa caracterização, e conseqüente deferimento da cautelar, a existência de obrigação por parte do cedente de garantir eventual crédito inadimplido pelo devedor;**

s) o dispositivo da cautelar deferida pelo Relator restringe-se a suspender o registro de *“qualquer fundo que tenha em sua constituição direitos creditórios que se enquadrem na hipótese prevista no art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução-CVM 444/2006, caracterizados como operações de crédito na análise da CVM e que não contenham autorização do Ministro da Fazenda”*, sem aclarar os limites objetivos da decisão contidos nas razões de decidir e explicitamente declinadas como causa suficiente da cautelar;

t) conclui-se, assim, que a CVM arvora-se em entendimento anterior e diverso dos fundamentos da decisão cautelar do TCU para caracterizar o FIDC do MSP como operação de crédito e suspender o registro de operação em situação em que o próprio Min. Relator não daria a cautelar;

u) mais uma vez, a decisão cautelar em exame só considerou operação de crédito aquelas operações em que o cedente dos créditos se compromete com a integralização de recursos ao fundo para reconstituição de suas garantias de pagamento aos cotistas;

v) é esse, por sinal, o entendimento da PGFN, que consignou em parecer lavrado especificamente para o caso do MSP, como já relatado, que *“As operações de cessão definitiva de direitos creditórios ou do fluxo financeiro decorrente de tais direitos, quando não implicar, direta ou indiretamente, qualquer compromisso de garantir o recebimento do valor do crédito cedido, em caso de inadimplemento por parte do devedor, não constitui operação de crédito, no sentido da LRF”* (PARECER/PGFN/PGA/242/2015 – peça 93, pp. 48/52);

w) como visto, a operação arquitetada pelo MSP e pela Caixa Econômica Federal configura uma típica cessão de crédito, sem nenhum compromisso ou obrigação da prefeitura de aportar novos recursos ao fundo em nenhuma circunstância, o que afasta totalmente sua caracterização como operação de crédito, nos moldes do que foi decidido pelo Ministro Bruno Dantas na já citada decisão cautelar;

x) a suspensão do registro desta operação pela CVM, portanto, não poderia fundamentar-se na medida cautelar proferida nos autos do TC-043.416/2012-8, uma vez que o Ministro Bruno Dantas expressamente definiu que a simples cessão de créditos não se caracteriza como operação de crédito e que é preciso o compromisso de aportar recursos adicionais para a recomposição da garantia para que o Fundo seja assim considerado;

y) esta é a razão pela qual se torna indispensável que o TCU esclareça a CVM do alcance da decisão cautelar proferida pelo Ministro Bruno Dantas, evitando-se que aquela autarquia suspenda indevidamente o registro do Fundo de Investimento postulado pelo Município de São Paulo;

z) a constituição do FIDC pretendida pela cidade de São Paulo destina-se à antecipação dos recursos financeiros necessários à realização de vultosos investimentos nas áreas de habitação popular, saneamento básico, regularização urbanística, entre outras, nos estritos limites definidos pelo artigo 6º da Lei Municipal 14.934/2009, que instituiu o FMSAI (peça 93, pp. 40/7);

aa) trata-se, portanto, de investimentos da ordem de R\$ 360 milhões, voltados exclusivamente para o pagamento de desapropriações e de obras de infraestrutura urbana e habitação, cujos beneficiários serão famílias de baixa renda da cidade de São Paulo;

bb) a instituição do citado FIDC, com a respectiva cessão dos créditos do FMSAI, visa à obtenção dos recursos financeiros necessários aos citados investimentos, inclusive como contrapartida municipal aos investimentos do Governo Federal realizados no âmbito do PAC. A antecipação dos recursos financeiros, portanto, é medida de enorme importância, pois possibilita ao município, em cooperação com o Governo Federal, antecipar os benefícios sociais que serão alcançados com os já citados investimentos e que irão abranger parcelas mais carentes da população paulistana;

cc) no entanto, a já citada Lei Municipal 15.969/2014, que autorizou a cessão dos créditos, prevê em seu artigo 1º, § 4º, que a referida cessão deve ficar limitada aos créditos com vencimento em até cinco anos, contados da sua publicação;

dd) assim, a cada dia que passa sem que ocorra a constituição do FIDC modelado pelo MSP, os valores passíveis de cessão vão sendo reduzidos, o que poderá inviabilizar a operação engendrada e, conseqüentemente, ficarão adiados os relevantes investimentos em habitação e infraestrutura urbana planejados pela prefeitura e apoiados pelo Governo Federal;

ee) é por essa razão que a intervenção do MSP nestes autos e a atuação do TCU, no sentido de delimitar expressamente o alcance da decisão cautelar proferida pelo Ministro Bruno Dantas, revestem-se de extrema urgência. Do contrário, a antecipação dos recursos por meio da cessão de créditos e da instituição do FIDC tornar-se-á financeiramente inviável, comprometendo de maneira irreversível o cronograma de investimentos planejado pela municipalidade e apoiado pelo Governo Federal por meio do PAC. Nesta hipótese, a maior prejudicada seria a população mais carente, que será privada de maior oferta de habitações populares e de obras de infraestrutura urbana nas regiões mais pobres do território paulistano.

A Semag propõe o indeferimento do pleito de habilitação do município de São Paulo/SP. Seus argumentos são os que seguem (peça 124):

“18. (...) No que se refere a tal solicitação, entende-se não ser possível tal ingresso, visto que, ainda que o FIDC Saneamento Ambiental e Infraestrutura São Paulo possa ter sido atingido pela parte genérica da medida cautelar prolatada no âmbito do TC 043.416/2012-8, a determinação acerca da situação não individualizada foi proferida ao órgão, no caso a CVM, que ficou encarregada de apurar cada caso concreto (item 7 desta instrução). Ademais, cabe esclarecer ao Município de São Paulo que o mérito do enquadramento ou não do recebimento antecipado de receitas futuras no conceito de operação de crédito é o principal objeto de julgamento deste processo e que, ainda que no corpo da decisão que fundamentou a cautelar proferida no âmbito do TC 043.416/2012-8 possa haver algum entendimento genérico que venha de alguma forma a permitir o não enquadramento da operação do Município de São Paulo no conceito de operação de crédito, tal entendimento não é suficiente, por si só, para atestar o funcionamento, sem o enquadramento no conceito de operação de crédito, da complexa operação que o município deseja realizar.”

Sobre essa operação, consta dos autos o seguinte relato da unidade técnica (peça 44 do TC-043.416/2012-8):

“12.5. O FIDC Saneamento Ambiental e Infraestrutura envolve créditos que fazem parte do orçamento do Município de São Paulo–SP (Processo RJ 2014-359). Nesse caso, verifica-se que, ante indícios de que a operação pudesse ser de crédito, a área técnica da CVM solicitou à sua Procuradoria Federal Especializada parecer sobre o teor da operação (peça 39, p. 4-13). Na ocasião, a Procuradoria entendeu, por meio de parecer à peça 39, p. 14-24, que era aplicável ao FIDC em questão a exigência constante do § 9º do art. 7º da Instrução-CVM 444/2006, de apresentação de autorização do Ministério da Fazenda, nos termos do art. 32 da LRF.”

Pedindo vênias por dissentir, nesse particular, do posicionamento da unidade técnica, e mesmo ciente da jurisdição objetiva pelo TCU (determinações abstratas aos jurisdicionados para o cumprimento de normas cogentes de aplicação geral), o Ministério Público de Contas entende haver razão legítima para o município de São Paulo/SP intervir no presente feito.

Por meio da medida cautelar que determinou à CVM a suspensão do *“registro de qualquer fundo que tenha em sua constituição direitos creditórios que se enquadrem na hipótese prevista no art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução-CVM 444/2006, caracterizados como operações de crédito pela análise da CVM e que não contenham autorização expressa do Ministério da Fazenda”* (peças 47, 48 e 70 do TC-043.416/2012-8), a esfera jurídica do município, vale dizer, seu interesse subjetivo, foi alcançado.

Consoante relato à peça 92, p. 5, a Comissão de Valores Mobiliários comunicou à Caixa que, por força da decisão cautelar proferida por esta Corte nos autos do TC-043.416/2012-8, havia suspenso o registro do FIDC proposto pela cidade de São Paulo (peça 93, p. 32).

Houve, pois, suposta lesão a direito em decorrência da deliberação cautelar adotada pelo TCU.

Sobre a cautelar concedida, é certo que a CVM, ao suspender, em 14/1/2015, o registro do FIDC Saneamento Ambiental e Infraestrutura São Paulo (peça 93, p. 32), seguiu, à risca, os termos do dispositivo da decisão proferida pelo Ministro Bruno Dantas no âmbito do TC-043.416/2012-8 e referendada pelo Plenário desta Corte.

A parte dispositiva da decisão cautelar, frise-se, não fez menção alguma à mera antecipação de recursos como causa excludente de seu âmbito de incidência. Neste sentido, vejamos o texto da medida acautelatória (peças 47, 48 e 70 do TC-043.416/2012-8, grifo nosso):

“25.1. com fundamento no art. 276, *caput*, do RI/TCU, adotar medida cautelar determinando à Comissão de Valores Mobiliários que suspenda o registro do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu, bem como o **registro de qualquer fundo que tenha em sua constituição direitos creditórios que se enquadrem na hipótese prevista no art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução-CVM 444/2006, caracterizados como operações de crédito pela análise da CVM e que não contenham autorização expressa do Ministério da Fazenda, emitida nos termos do art. 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal, até que esta Corte delibere sobre o mérito desta representação;**”

Embora o Ministro Bruno Dantas tenha, de fato, na ocasião, como alegou o município de São Paulo/SP, aduzido fundamentos restritivos ao longo do despacho proferido, a parte dispositiva dessa decisão, como se vê, foi abrangente.

Essa questão dos exatos contornos da medida cautelar pode, porém, ser tida por superada, pois o Ministério Público de Contas, com vistas à racionalização administrativa e à maior efetividade do controle externo, passa, desde logo, ao exame do mérito da operação envolvendo o município de São Paulo/SP.

Sobre o FMSAI, são de todo pertinentes os fundamentos adotados no Parecer 107/2014/PFE-CVM/PGE/AGU, de 17/6/2014, exarado pela Procuradoria Especializada no âmbito da CVM, Processo RJ-2014-359, a saber (peça 39, pp. 14/24, do TC-043.416/2012-8, destaques no original):

“2. Características do Fundo

Trata-se de Fundo, constituído na forma de condomínio fechado (art. 1º do Regulamento), com prazo de duração indeterminado (art. 1º, § 3º, do Regulamento) e destinado exclusivamente a investidores qualificados (art. 2º do Regulamento), que pretende adquirir direitos creditórios do Município de São Paulo ('Município'), decorrentes de obrigação da Companhia de Saneamento do Estado de São Paulo – SABESP ('SABESP') de transferir, trimestralmente, 7,5% (sete e meio por cento) da Receita Bruta por ela obtida na prestação de serviços de saneamento no Município.

Tal obrigação decorre da Cláusula 35 do Contrato de Prestação de Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário, celebrado entre o Estado de São Paulo, o Município e a SABESP, em 23/06/10 ('Contrato SABESP'), nos termos do art. 4º do Regulamento.

A estrutura do Fundo seria composta de duas classes de cotas: a) Cotas Seniores; b) Cotas Subordinadas (art. 25 do Regulamento). As Cotas Subordinadas, pelo que se depreende da análise em conjunto dos parágrafos 7º e 9º do art. 25 do Regulamento, seriam subscritas pelo Município.

(...)

4. Da necessidade de aprovação da operação pelo Ministério da Fazenda

(...)

No presente feito, estamos diante de situação em que o Município, por intermédio da FMSAI, se comprometeria a entregar ao Fundo o valor recebido da SABESP em decorrência do cumprimento da Cláusula 35 do Contrato SABESP.

Verifica-se, pela descrição da operação, a existência de compromisso financeiro, pois o município assumiria a **obrigação** de entregar a integralidade dos valores recebidos a esse título em troca da antecipação de uma quantia previamente fixada, comprometendo, portanto, parte de sua receita futura. Em outras palavras, como a cessão do fluxo financeiro dos direitos creditórios teria a finalidade de antecipar recursos que somente poderiam ser utilizados após o repasse realizado pela SABESP, mediante a promessa de entregar, em momento futuro, a integralidade dos valores repassados, estaria demonstrada sua natureza de operação de crédito.

Ou seja, como o titular dos direitos creditórios é o Município e essa operação gera, na prática, a diminuição de suas receitas futuras (ainda que sem data certa de ingresso nos cofres públicos), esse fato gera compromisso financeiro e pode impactar no orçamento das futuras administrações, enquadrando-se, portanto, no conceito previsto no art. 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Evidentemente, não há óbice à busca, pelos entes públicos que disponham de receita a ser futuramente recebida, de novas formas de financiamento. Contudo, devem elas ser vistas como realmente são, ou seja, como operações de crédito, como compromisso financeiro, devendo, justamente por isso, respeitar os parâmetros previstos na Lei Complementar 101/00.

Assim sendo, diverjo do posicionamento defendido pela área técnica de que não se está diante de operação de crédito unicamente em razão de não haver uma expressa responsabilização do Município pelo pagamento das Quotas Sênior, já que, nos termos da fundamentação acima, a estrutura adotada pelo fundo não é o único elemento apto a enquadrar a operação como operação de crédito com compromisso financeiro.

Finalmente, refira-se que o órgão dotado de atribuição de definir o âmbito de aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal é o Tribunal de Contas da União, que, contudo, ainda não se pronunciou expressamente acerca do conceito de operação de crédito em operações de securitização de receita de ente público. Assim, considero importante ressaltar que o entendimento aqui esposado, especialmente por se tratar de tema polêmico, com respeitáveis opiniões nos mais variados sentidos, pode ser modificado se, em julgamento futuro, o TCU apontar diferentes parâmetros para a definição de operação de crédito em operações de securitização envolvendo entes públicos.”

Ao ver do Ministério Público de Contas, ao contrário do entendimento adotado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (v.g., Parecer/PGFN/PGA/242/2015: “*em tese, as cessões definitivas de direitos creditórios ou do fluxo financeiro em que não há assunção de risco pelo ente não estão sujeitas à*

autorização do Ministério da Fazenda por não traduzirem operação de crédito”, peça 93, pp. 48/52) e por todos os fundamentos reiteradamente expostos na presente intervenção, **a operação em foco caracteriza-se como de crédito, nos termos do artigo 29, inciso III, da LRF.**

Em que pese a não assunção de risco (ausência de expressa responsabilização do município pelo pagamento das cotas Sênior), a municipalidade comprometeu-se, por intermédio da FMSAI, a entregar ao Fundo o valor recebido da Sabesp em decorrência do cumprimento da Cláusula 35 do Contrato Sabesp, vale dizer, assumiu a obrigação de entregar valores recebidos a esse título em troca da antecipação de uma quantia previamente fixada, comprometendo, portanto, parte de sua receita futura.

Veja-se, por pertinente, a Cláusula 35 do Contrato de Prestação de Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário celebrado entre o estado de São Paulo, o município de São Paulo e a Sabesp, em 23/6/2010 (peça 30, p. 145, do TC-043.416/2012-8):

“Cláusula 35. A Sabesp deverá:

a) destinar, trimestralmente, 7,5% (sete e meio por cento) da receita bruta obtida na Capital para o FUNDO MUNICIPAL, até 5 (cinco) dias úteis após a publicação das demonstrações contábeis trimestrais e/ou anual, conforme previsto no CONVÊNIO, especialmente sua Cláusula II;”

Por sua vez, o Regulamento do Fundo prevê o seguinte (peça 30, pp. 19/101, do TC-043.416/2012-8):

“Artigo 25. As Cotas Seniores são transferíveis e terão a forma escritural em contas de depósito, em nome de seus titulares. As Cotas Subordinadas serão passíveis de subscrição, negociação e transferência, exclusivamente, para entes da Administração Direta ou entidades da Administração Indireta do Município de São Paulo.” (peça 30, p. 59, do TC-043.416/2012-8)

Como bem disse a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (peça 93, pp. 29/30):

“(…) Em outras palavras, como a cessão do fluxo financeiro dos direitos creditórios teria a finalidade de antecipar recursos que somente poderiam ser utilizados após o repasse realizado pela SABESP, mediante a promessa de entregar, em momento futuro, a integralidade dos valores repassados, estaria demonstrada sua natureza de operação de crédito.

Ou seja, como o titular dos direitos creditórios é o Município e essa operação gera, na prática, a diminuição de suas receitas futuras (ainda que sem data certa de ingresso nos cofres públicos), esse fato gera compromisso financeiro e pode impactar no orçamento das futuras administrações, enquadrando-se, portanto, no conceito previsto no art. 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.”

À vista do exposto, o Ministério Público de Contas propõe o seguinte:

- a) deferir o pedido de habilitação do município de São Paulo/SP para atuar como interessado nos presentes autos, nos termos do artigo 146 do Regimento Interno/TCU;
- b) firmar o entendimento de que, 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.

VI

Em face do pedido de cautelar do Ministério Público de Contas no tocante à operação envolvendo o estado de Goiás (peça 105) e da proposta da Semag de concessão da cautelar (determinação à CVM para que processe, ou suspenda, no caso de já ter sido realizado, o registro de valores mobiliários lastreados em direitos creditórios autônomos originados de créditos tributários ou não, parcelados, a serem cedidos pelo Governo do Estado de Goiás, até que esta Corte delibere sobre o mérito da Representação do Ministério Público junto ao TCU), de oitiva da CVM, da PGFN, da STN e do ente

federativo, bem como da constituição de processo apartado para tratar da medida cautelar proposta, cabem os comentários e as conclusões a seguir.

A Lei Estadual 18.873, publicada no Suplemento do Diário Oficial do Estado de Goiás de 19.6.2015, “*autoriza o Poder Executivo a ceder, a título oneroso, os direitos creditórios de créditos tributários, em fase administrativa ou judicial, na forma que especifica, a par de outras providências que traz em seu bojo*”, e assim dispõe, em essência:

“Art. 1º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a ceder, a título oneroso, à sociedade de propósito específico a que se refere o art. 7º desta Lei, ou, ainda, à Companhia de Investimentos e Parcerias do Estado de Goiás – GOIASPARCERIAS, inclusive, sem limitação, a título de aumento de capital, observadas as disposições legais aplicáveis, os direitos creditórios originários de créditos tributários e não tributários, em fase administrativa ou judicial, relacionados ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ao Imposto de Transmissão ‘Causa Mortis’ e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD, ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, às taxas de qualquer espécie e origem, às multas administrativas não tributárias, às multas contratuais, aos ressarcimentos e às restituições e indenizações.

§ 1º A cessão compreende apenas o direito autônomo ao recebimento do crédito e somente poderá recair sobre o produto de créditos tributários cujo fato gerador já tenha ocorrido e de créditos não tributários vencidos, efetivamente constituídos e inscritos na dívida ativa do Estado ou reconhecidos pelo contribuinte ou devedor.

§ 2º Para os créditos que já estejam em curso de cobrança judicial, a cessão referida no *caput* não compreende os direitos creditórios alusivos aos honorários advocatícios.

Art. 2º A cessão de que trata o art. 1º não modifica a natureza do crédito que originou o direito creditório da cessão, nem o extingue, sendo preservadas as suas garantias e privilégios, bem como as suas condições de pagamento, critérios de atualização e data de vencimento.

Parágrafo único. A prerrogativa de cobrança judicial e extrajudicial dos créditos originadores permanece com a Procuradoria-Geral do Estado.

Art. 6º A cessão deverá ser disciplinada em instrumento específico, com individualização dos direitos creditórios cedidos, aplicando-se, no que couber, os dispositivos pertinentes do Código Civil, instituído pela Lei federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

(...)

§ 2º A cessão far-se-á em caráter definitivo, sem assunção, pelo Estado, 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 federal nº 101, de 4 de maio de 2000, caracterizar operação de crédito ou concessão de garantia.

Art. 7º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a constituir sociedade de propósito específico, sob a forma de sociedade por ações com a maioria absoluta do capital votante detida pelo Estado, jurisdicionada à Secretaria da Fazenda, tendo por objeto social a estruturação e implementação de operações que envolvam a emissão e distribuição de valores mobiliários ou outra forma de obtenção de recursos junto ao mercado financeiro e de capitais, lastreadas nos direitos creditórios a que se refere o art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. A sociedade de propósito específico a que se refere o *caput* deste artigo não poderá receber do Estado recursos financeiros para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, a fim de não se caracterizar como empresa dependente do Estado, nos termos da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000.

Art. 8º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a alterar o Estatuto Social da GOIASPARCERIAS, a fim de viabilizar a estruturação e implementação de operações que envolvam a emissão e distribuição

de valores mobiliários ou outra forma de obtenção de recursos junto ao mercado financeiro e de capitais, lastreados nos direitos creditórios a que se refere o art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. A GOIASPARCERIAS não poderá receber do Estado recursos financeiros para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, a fim de não ser caracterizada como empresa estatal dependente, nos termos da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000.

Art. 9º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a proceder à abertura do capital social da sociedade de propósito específico a que se refere o art. 7º desta Lei ou da GOIASPARCERIAS, de acordo com as normas estabelecidas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, desde que mantida, em caráter incondicional, a titularidade da maioria absoluta das ações com direito a voto.

Art. 10. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

A sociedade de economia mista GOIÁS PARCERIAS fez publicar o Edital de Licitação 1/2015, na modalidade Pregão Presencial, que tem por objeto a *“contratação de prestação de serviços técnicos especializados de assessoria financeira para a estruturação, emissão e distribuição pública de valores mobiliários lastreados em direitos creditórios autônomos originados de créditos tributários ou não, parcelados, a serem cedidos pelo Governo do Estado de Goiás à GOIÁS PARCERIAS S.A.”*.

Consoante notícia veiculada na página eletrônica da Secretaria de Estado da Fazenda - Sefaz/GO no dia 13.7.2015:

“Foi publicado no Diário Oficial do Estado (DOE), na última sexta-feira (10/07), adendo ao edital de licitação para contratação de empresa que vai estruturar, emitir e distribuir os títulos da dívida ativa pública do Estado de Goiás por meio da Goiás Parcerias. A licitação será do tipo menor preço (menor taxa) e o pregão presencial com a abertura dos envelopes ocorrerá no dia 24 de julho (sexta-feira) às 9h00, no auditório da Secretaria da Fazenda (Sefaz). O edital e seus anexos estão disponíveis no www.sefaz.go.gov.br e/ou www.comprasnet.go.gov.br. Confira edital completo em: <http://goo.gl/SHSliN>.

Com a oferta das debêntures, a Secretaria da Fazenda (Sefaz) estima arrecadar entre R\$ 150 e R\$ 300 milhões do total de R\$ 700 milhões de recebíveis da dívida ativa do Estado. A captação dos recursos, por meio de comercialização de créditos tributários, viabiliza a implantação de programas de infraestrutura estadual. A proposta segue tendência de Estados como São Paulo e Minas Gerais, que já emitem títulos que têm por base a dívida ativa estadual.

Entenda

As dívidas que serão negociadas estão relacionadas ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), ao Imposto de Transmissão ‘Causa Mortis’ e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD), ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), às taxas de qualquer espécie e origem, às multas administrativas não tributárias, às multas contratuais, aos ressarcimentos e às restituições e indenizações.

Na atual conjuntura de alta nos juros, o lançamento de debêntures é a forma mais vantajosa de captação de recursos. A previsão é de que os recursos advindos da emissão de debêntures sejam investidos em infraestrutura, nas áreas da saúde, educação e segurança pública.

FONTE: Comunicação Setorial da Sefaz "

A respeito, consulta ao Termo de Referência da Licitação, que constitui o Anexo I do Edital, permite verificar o que segue:

“1. As cessões de créditos estão previstas para acontecerem a partir de julho/agosto de 2015. Até o final do mandato da atual administração (dezembro de 2018), cerca de 80% dos pagamentos aos debenturistas deverão ser realizados. Nesse período, o saldo a ser recebido pela Goiás Parcerias será de aproximadamente R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais), entre julho/agosto de 2015 e dezembro de 2018.

2. A composição da dívida refinanciada está apresentada no quadro a seguir. Trata-se de refinanciamento de dívidas anteriores ao exercício de 2007 e que, ao longo dos anos, o Governo do Estado de Goiás criou condições mais favoráveis para pagamentos, visando à antecipação de pagamentos, o que gerou uma carteira bastante concentrada no curto prazo. A maior atratividade aos contribuintes está na redução de juros e multas entre 40% e 100% para prestações parceladas em até 60 meses. A carteira está concentrada em dívidas do ICMS diluída entre vários contribuintes (aproximadamente 5000).

(...)

V. GARANTIAS REAIS:

1. Na forma autorizada pela Lei 18.873/2015, o Estado pretende ceder à Goiás Parcerias, a título oneroso e sem coobrigação, 100% dos fluxos financeiros, posição 1º de julho de 2015, das parcelas dos créditos parcelados da dívida ativa parcelada (direitos creditórios), tendo por base as normas a seguir: Lei nº 17.252/2011; Lei nº 17.817/2012; Lei nº 18.173/2013; Lei nº 18.459/2014; Lei nº 18.701/2014; Lei nº 18.709/2014.

2. Os valores dos fluxos financeiros recebidos e dos fluxos financeiros futuros, a serem cedidos à Goiás Parcerias S.A., estão relacionados no item IX deste Termo de Referência e deverão ser auditados durante o processo de estruturação.

3. Além das garantias dos direitos creditórios cedidos de acordo com a Lei Estadual nº 14.910/2004, a Goiás Parcerias S.A. poderá oferecer outras formas de garantias para a operação de emissão de debêntures subordinadas e a mercado, na forma da Lei nº 14.910/2004 e de seu estatuto social.”

A “Coletânea de respostas dadas a pedidos de esclarecimento – Pregão Presencial 1/2015 – Goiás Parcerias – Perguntas feitas por prováveis proponentes até 14/7/2015”, contém informações relevantes, quais sejam (grifos acrescidos)[footnoteRef:6]: [6: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2015-07/coletanea-de-respostas-dadas-a-pedido-de--esclarecimentos.pdf>.]

PERGUNTA

“2. Favor informar se já existe parecer ou instrumento assemelhado da Procuradoria-Geral do Estado versando sobre a regularidade fiscal e legal da operação (o que entendemos ser uma condição precedente para a distribuição da operação). Em caso positivo, gentileza avaliar a possibilidade de tal documento ser disponibilizado.”

RESPOSTA

“2. A cessão do direito autônomo de recebimento dos créditos tributários e não tributários para a GOIÁS PARCERIAS foi autorizada pela Lei Estadual 18.873, de 19 de junho de 2015. A elaboração do referido instrumento normativo foi precedida de parecer da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, conforme processo nº 201400013002510. Quanto à parte orçamentária e financeira, cabe ressaltar que a GOIÁSPARCERIAS, por ser uma sociedade anônima não dependente, conforme disposto no artigo 20 da Lei Estadual 14.910/2004, não está sujeita aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000-art. 1º, § 3º, I, b).”

PERGUNTA

“4. Indagamos se será devida alguma indenização, pelo Estado de Goiás à Contratante, em decorrência das obrigações assumidas pelo Estado de Goiás no contrato de cessão, por conta de atos imputáveis tão somente ao Estado de Goiás (e não ao Contribuinte), tais como, a título meramente exemplificativo: • perdão da dívida pelo Estado de Goiás; • possibilidade de migração do Contribuinte para um novo programa de parcelamento instituído pelo Estado de Goiás; • desistência do processo de execução da dívida ativa; • alongamento do prazo de parcelamento; ou • qualquer tipo de renegociação proposta ou aceita pelo Estado de Goiás no parcelamento, que impacte adversamente no recebimento do fluxo financeiro dos créditos cedidos. Questionamos tal possibilidade uma vez que situações como as mencionadas impactam, de forma relevante, a estrutura da operação, podendo acarretar: (i) a

inexistência do crédito cedido (art. 295 do Código Civil); e/ou (ii) a extinção ou alteração das condições de pagamento do crédito cedido.”

RESPOSTA

“4. A cessão do fluxo envolve obrigação do Estado junto à Contratante. Os parcelamentos cedidos não estarão sujeitos a novas repactuações, conforme previsto no Edital. Os programas atuais de parcelamentos referem-se a dívidas contraídas até o exercício de 2007. Se houver novos programas de refinanciamentos, serão para novos contribuintes ou para dívidas contraídas após 2007 e serão objeto de novas emissões de debêntures. Além disso, o Estado de Goiás garantirá o fluxo cedido. Em outras palavras, parcelamentos anulados serão substituídos por novos parcelamentos, de forma a manter constante o índice de cobertura dos pagamentos aos debenturistas (volume de parcelamentos em relação à amortização das debêntures).”

No âmbito do mesmo certame, por meio de resposta às "Questões Gerais", a Goiás Parcerias assim se manifestou[footnoteRef:7]: [7: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2015-07/coletanea-de-respostas---esclarecimentos-ii1.pdf>.]

PERGUNTA

“Dado que os Direitos Creditórios são garantia da operação (e meio de pagamento), mas, no final, trata-se de uma dívida da Goiás Parceria, se, por acaso, houver algum problema nos direitos creditórios (inadimplência, por exemplo) e a Goiás Parcerias for chamada a pagar a dívida e não dispuser de outras fontes de receita, quais seriam os trâmites ou possibilidades de aporte de capital pelo Estado de Goiás (seu controlador)?”

RESPOSTA

“A Goiás Parcerias disporá de recursos próprios para garantir a operação, no caso de uma inadimplência superior a 65% dos créditos cedidos, e que venha inviabilizar o pagamento aos debenturistas.”

PERGUNTA

“Quais são as outras possíveis garantias que podem ser incluídas para a operação, conforme mencionado no item V.3-Anexo I?”

RESPOSTA

“Receitas próprias, terrenos, imóveis, ações de outras empresas etc.”

PERGUNTA

“II - Conjunto de perguntas e respostas B

Item 1 Analisando os termos do item 1.1 do Edital e demais passagens relacionadas, nota-se o emprego da expressão ‘a serem cedidos’. Ao interpretarmos o objeto em conjunto com tais dizeres, a subjetividade que a vincula envolve possíveis riscos de tal cessão não ocorrer ou não ser concluída e assim prejudicar todo o fluxo financeiro da operação e, conseqüentemente, os estudos para a formulação da proposta. Nesta linha, pergunta-se: a) é certo que os créditos narrados no edital SERÃO cedidos pelo Governo do Estado à Goiás Parceria S/A?; b) os ritos e procedimentos necessários a tal providência já foram devidamente justificados em processo administrativo?; c) em qual fase se encontra o procedimento de cessão dos créditos?”

RESPOSTA

“a) a Lei 18.873/2015 autoriza o Estado de Goiás a ceder fluxos financeiros referentes à dívida ativa repactuada e parcelada. A cessão definitiva ocorrerá conforme orientação do agente financeiro que irá coordenar a emissão das debêntures. Cumpre ressaltar que, quando ocorrer a cessão, essas receitas deixarão de ingressar nos cofres do Estado. Dessa forma, a cessão definitiva deverá ocorrer em

momento anterior à emissão das debêntures; conforme asseverado, lei estadual aprovada na Assembleia Legislativa autoriza a cessão dos créditos; a cessão dos créditos está autorizada e sua finalização ocorrerá conforme orientação do agente financeiro que vencer o processo licitatório. Ressalte-se que a assinatura de contrato de cessão, que será elaborado pelo agente coordenador da operação, definirá a data da cessão.”

PERGUNTA

“Item 14 Com relação ao item V, 3, do Anexo I, gostaríamos de receber informações sobre quais garantias adicionais poderiam ser prestadas, natureza das garantias e em que montante?”

RESPOSTA

“As garantias adicionais referem-se ao patrimônio da empresa e seus direitos sobre terceiros. Poderão ser utilizadas receitas próprias, imóveis, etc., no montante necessário a honrar os compromissos com debenturistas e com a contratada.”

PERGUNTA

“Item 18. Sobre o Anexo II, estabelece-se que os valores estimados da emissão serão de R\$ 200 milhões sob o regime de garantia firme e R\$ 350 milhões sob o regime de melhores esforços e valor total da emissão de R\$ 700 milhões. Pede-se esclarecer como será alocada a diferença de R\$ 150 milhões e qual o regime de colocação do referido valor.”

RESPOSTA

“A emissão de R\$ 700 milhões refere-se às debêntures subordinadas. Já as debêntures com garantia real estão limitadas a R\$ 550 milhões: R\$ 200 milhões com garantia firme e até R\$ 350 milhões com melhores esforços, sendo que a remuneração da contratada incidirá sobre essas duas modalidades. A remuneração da contratada ocorrerá na forma da Cláusula Quinta do Anexo III.”

Conforme disposto no Edital do Pregão Presencial 1/2015 – Goiás Parcerias[footnoteRef:8]: [8: www.sefaz.go.gov.br e/ou www.comprasnet.go.gov.br.]

"1. A presente licitação tem por objeto a contratação de prestação de serviços técnicos especializados de assessoria financeira para a estruturação, emissão e distribuição pública de valores mobiliários lastreados em direitos creditórios autônomos originados de créditos tributários ou não, parcelados, a serem cedidos pelo Governo do Estado de Goiás à Goiás Parcerias S.A., conforme especificações constantes no Termo de Referência (Anexo I) que integra este Edital.

2. A licitante vencedora deverá coordenar a estruturação e a distribuição das debêntures, podendo subcontratar ou associar-se a outras instituições, mediante prévia aprovação da Companhia, responsabilizando-se integralmente pela atuação e remuneração destas, observando o disposto nas Cláusulas Terceira, Quarta, Quinta e Sexta do Contrato, Anexo III desse Edital.

(...)

ANEXO I

TERMO DE REFERÊNCIA

(...)

II. INFORMAÇÕES SOBRE A GOIÁS PARCERIAS S.A.

1. A Goiás Parcerias S.A. é uma sociedade de economia mista constituída em 11 de agosto de 2004 a partir da Lei 14.910/2004, empresa controlada pelo Estado de Goiás e vinculada à Secretaria da Fazenda, a partir da Lei 18.837, de 27 de maio de 2015.

2. É sociedade anônima de capital fechado que poderá, durante a estruturação da operação, ser registrada como companhia de capital aberto, Categoria B, conforme definido pela ICVM 480/2009; tem capital social autorizado de R\$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de reais) e capital integralizado de R\$ 373.929.486,85 (trezentos e setenta e três milhões, novecentos e vinte e nove mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e oitenta e cinco centavos);

3. É controlada pelo Estado de Goiás que, de modo direto e indireto, detém 100% das ações;

4. Tem como objeto social, entre outros estabelecidos na Lei 14.910, de 11 de agosto de 2004, que criou a empresa: a) a instituição de parcerias público-privadas; b) a locação ou promessa de locação, arrendamento, cessão de uso ou outra modalidade onerosa, de instalações e equipamentos ou outros bens; c) contrair empréstimos e emitir títulos; d) prestar garantias reais, fidejussórias e contratar seguros; e) explorar, gravar e alienar os bens integrantes de seu patrimônio; f) participar do capital de outras empresas controladas por ente público ou privado.

III. CARACTERÍSTICAS DA ESTRUTURAÇÃO DA 1ª EMISSÃO DE DEBÊNTURES COM GARANTIA REAL E DAS EMISSÕES DE DEBÊNTURES SUBORDINADAS:

1. O volume dos direitos creditórios cedidos à empresa é de aproximadamente R\$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de reais), até a data de emissão, conforme descrito e detalhado no Item VIII do presente Termo de Referência.

2. O pagamento será feito com debêntures subordinadas ou outros valores mobiliários, privados ou públicos, com prazo de 6 anos, emitidos pela Goiás Parcerias S.A. e cedidos pelo Estado, mediante a cessão dos direitos creditórios autônomos, portanto, sem esforço de venda.

3. Ao mesmo tempo será realizada a emissão de debêntures, ou outros valores mobiliários, com garantia real, lastreados pelos direitos creditórios autônomos, objeto da cessão referida no item 2.

4. A emissão deverá apresentar um *rating* mínimo AA ou qualidade média em escala local concedido por agência especializada para as debêntures a mercado.

5. A emissão será no valor de referência igual a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), com prazo de 50 meses, tendo por base o *rating* definido nos termos do item 4, com carência de 4 meses para início dos pagamentos aos debenturistas.

6. A emissão será destinada à distribuição pública restrita ou ampla, nos termos da regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), respectivamente Instruções 476/2009 e 400/2003, sob o regime de garantia firme de colocação.

7. Incidirão sobre as debêntures emitidas a mercado juros remuneratórios máximos correspondentes à variação acumulada de 100% (cem por cento) das taxas médias diárias dos DI – Depósitos Interfinanceiros de um dia, ‘over extra-grupo’, expressas na forma percentual ao ano, base 252 (duzentos e cinquenta e dois) dias úteis, calculadas e divulgadas diariamente pela CETIP, no informativo diário disponível em sua página na Internet (<http://www.cetip.com.br>) (‘Taxa DI’), acrescida de sobretaxa (*spread*) de até 3,5% (três inteiros e cinco centésimos por cento) ao ano, base 252 (duzentos e cinquenta e dois) dias úteis.

8. Os recursos oriundos dos direitos creditórios cedidos serão creditados pela rede arrecadadora diretamente em conta vinculada à operação de titularidade da Goiás Parcerias S.A., mantida no banco centralizador.

9. Os recursos captados no mercado serão utilizados pela Goiás Parcerias S.A. para amortização das debêntures subordinadas ou pagamento de parte dos direitos creditórios autônomos.

10. A licitante deverá oferecer garantia firme de colocação para o valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), de debêntures com garantia real, condicionada à obtenção de *rating* mínimo ‘AA’ em escala local, atribuído por agência de avaliação crédito que emita *rating* em escala global.

11. A distribuição em regime de melhores esforços, no valor R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais), contemplará a diferença entre a emissão total pretendida e o lote colocado em regime de garantia firme no valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

12. As debêntures com garantia real deverão ser amortizadas em 50 (cinquenta) parcelas mensais com 4 meses de carência.

13. A Emissora constituirá fundo de amortização em montante igual ao somatório das 3 (três) próximas parcelas mensais de pagamento.

14. As debêntures com garantia real serão registradas na CVM e/ou na Associação Brasileira de Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais – ANBIMA, na forma prevista na Instrução CVM nº 400/2003 ou na Instrução CVM nº 476/2009.”

No caso, como visto, a receita do estado de Goiás, proveniente da cessão, a título oneroso, de direitos creditórios originários de créditos tributários e não tributários, em fase administrativa ou judicial, decorre, na prática, da antecipação de receita futura associada a compromisso financeiro, na intenção de se obterem recursos adicionais para a cobertura de despesas.

Conclui-se, portanto, que a operação a ser realizada pelo estado de Goiás, com fundamento na Lei Estadual 18.873/2015, constitui uma operação de crédito e, como as demais operações de crédito admitidas pela LRF, deve ser considerada para fins de apuração do limite de endividamento deste ente federado.

Desse modo, a operação prevista na Lei Estadual 18.873/2015 somente pode ser realizada com autorização do Ministério da Fazenda. No entanto, esta condição não está prevista na referida lei.

A nova lei goiana atenta, portanto, contra a legislação de regência da matéria, além de implicar provável descontrole intertemporal das contas públicas.

É certo que a Lei Estadual 18.873/2015 prevê uma sociedade de propósito específico ou a Goiás Parcerias como destinatárias da cessão onerosa de direitos creditórios originários de créditos tributários e não tributários, em fase administrativa ou judicial, e “intermediárias” da operação de emissão de títulos, frisando que ambas não podem receber do Estado recursos financeiros para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (artigos 7º e 8º), a fim de não serem caracterizadas como “empresa estatal dependente”, nos termos da Lei Complementar federal 101/2000 (artigo 1º, § 3º, inciso I, alínea “b”).

Nesse sentido, como visto anteriormente, ao ser questionada, no âmbito do Pregão Presencial 1/2015, por um possível proponente, acerca da regularidade fiscal e legal da operação ora em análise, a Goiás Parcerias informou que (destaques acrescidos):

“2. A cessão do direito autônomo de recebimento dos créditos tributários e não tributários para a GOIÁS PARCERIAS foi autorizada pela Lei Estadual 18.873, de 19 de junho de 2015. A elaboração do referido instrumento normativo foi precedida de parecer da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, conforme processo 201400013002510. Quanto à parte orçamentária e financeira, cabe ressaltar que a GOIÁSPARCERIAS, por ser uma sociedade anônima não dependente, conforme disposto no artigo 20 da Lei Estadual 14.910/2004, não está sujeita aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000-art. 1º, § 3º, I, b).”

De fato, apenas as estatais dependentes estão obrigadas à observância da LRF, que assim prediz:

“Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

(...)

§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 3º Nas referências:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos: o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;

b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;

(...)

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

(...)

III - empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;”

Para dispor sobre os limites globais para o montante da dívida pública consolidada e da dívida pública mobiliária dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, em atendimento ao disposto no artigo 52, incisos VI e IX, da Constituição Federal, o Senado Federal editou a Resolução SF 40/2001, detalhando o conceito de empresa estatal dependente, nos termos seguintes:

“II - empresa estatal dependente: empresa controlada pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, que tenha, no exercício anterior, recebido recursos financeiros de seu controlador, destinados ao pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, excluídos, neste último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária, e tenha, no exercício corrente, autorização orçamentária para recebimento de recursos financeiros com idêntica finalidade;”

Qualquer que seja a extensão do conceito de “estatal dependente”, o fato é que o estado de Goiás, fazendo uso de artifício ilegítimo, ou seja, elegendo um “intermediário” aparentemente não sujeito às regras da LC 101/2000, parece tentar escapar dos justos rigores da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O que não se pode perder de vista, porém, a bem da verdade, é que o real protagonista e titular dos direitos creditórios e, em última instância, da operação de crédito (emissão de títulos) é ninguém mais do que o estado de Goiás, este, sim, indubitavelmente sujeito a todo o desenho normativo tipificado na Lei Complementar 101/2000.

A Goiás Parcerias, vale lembrar, é controlada pelo estado de Goiás, que, de modo direto e indireto, detém 100% das ações.

No caso, todo o lastro da operação de crédito é constituído por créditos tributários, cuja recuperação constitui receita estadual todo ano verificada em algum percentual do montante devedor. Esse percentual de recuperação é que dará segurança aos investidores adquirentes das debêntures de que elas serão honradas.

A clara natureza da operação de crédito em tela foi adequadamente abordada pelo Dr. Fernando dos Santos Carneiro, Procurador-Geral de Contas do MPC/GO, interino, mediante Representação oferecida ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás – TCE/GO[footnoteRef:9], em julho/2015, acerca da “Securitização da Dívida Ativa” (Processo 201500047001439, grifos no original): [9: <http://mpc.go.gov.br/e/wp-content/uploads/2014/09/Representa%C3%A7%C3%A3o-Dr.-Fernando-24.07.pdf>.]

“17. Como se está a ver, o estado de Goiás classificou a operação de venda da dívida ativa como sendo de cessão de crédito, cessão essa que se encontra disciplinada nos artigos 286 a 298 do Código Civil.

18. Segundo magistério de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, cessão de crédito é o ‘negócio jurídico bilateral pelo qual o credor transfere a terceiro a sua posição patrimonial na relação obrigacional, sem que com isso se crie uma nova situação jurídica’[footnoteRef:10]. [10: In Curso de direito civil, editora JusPodivm, volume 2, 7ª edição, 2013, p. 380.]

19. Mencionada cessão envolve a transferência total ou parcial do crédito do **cedente** e aquisição desse crédito por parte do **cessionário**, que assume a posição jurídica daquele, sendo que o cedido - ou seja, o devedor da obrigação - fica vinculado, com a cessão, ao cessionário, isto se for observado o disposto no artigo 290 do Código Civil (CC).

20. Ao transferir a terceiros os seus créditos, o vendedor antecipa receitas futuras, obtendo recursos que lhe permitem de imediato acelerar o ciclo produtivo de sua atividade, realizando novas operações que só viriam a se tornar possíveis após o retorno do capital, o que só ocorreria depois de decorrido o prazo originalmente concedido ao comprador[footnoteRef:11]. [11: Chalhub, Melhim Namem & Assunção, Márcio Calil de. in Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios, Revista trimestral de direito civil, Editora Padma, v. 38, abril-junho, 2009, apud Chaves e Rosenvald, Curso de direito civil, Editora JusPodivm, volume 2, 7ª edição, 2013, p. 380.]

21. Ainda que o crédito seja bem incorpóreo, de conteúdo econômico, ele se sujeita estritamente às amarras legais, quando envolvidos recursos públicos.

22. Em razão disso, a cessão envolvendo créditos tributários oriundos de impostos não é constitucionalmente admitida, uma vez que o artigo 167, IV, da CF/1988, bem como o art. 112, IV, da CE-GO, vedam a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as exceções constitucionais, dentre as quais não se inclui a criada na Lei Estadual nº 18.873, de 19 de junho de 2015, a saber:

‘Art. 112. São **vedados**:

...

IV - a **vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa**, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação com os Municípios, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, da Constituição da República, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, e no art. 167, § 4º, da Constituição da República’ (CE-GO, destaque acrescido).

23. E tal vinculação fica clara a partir do artigo 2º da lei que prescreve que ‘A cessão de que trata o art. 1º não modifica a natureza do crédito que originou o direito creditório da cessão, nem o extingue, sendo preservadas as suas garantias e privilégios, bem como as suas condições de pagamento, critérios de atualização e data de vencimento’.

24. Logo, créditos, *v.g.*, de ICMS, ITCD e IPVA continuam sendo créditos tributários[footnoteRef:12]. Porém, ao prescrever o destino desses créditos aos novos credores, esses recursos ficam vinculados, em contrariedade com os dispositivos constitucionais supracitados, razão pela qual **a operação de crédito pretendida não se pode realizar sem malferimento às Constituições, Federal e Estadual, respectivamente, em seus artigos 167, IV, e 112, IV.** [12: Artigo 139 da Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN).]

C - A SECURITIZAÇÃO DA DÍVIDA ATIVA COMO OPERAÇÃO DE CRÉDITO

25. Ademais do óbice constitucional demonstrado, no aspecto infraconstitucional o insucesso é semelhante, porquanto, para que a natureza da relação jurídica seja mudada, não basta dizer que a cessão de crédito não é operação de crédito, como o faz o § 2º do artigo 6º da Lei Estadual 18.873/2015, pois, conforme antigo brocardo latino, ‘*verba non mutant substantiam rei*’, ou seja, a palavra não muda a substância da coisa.

26. Em verdade, a cessão de crédito pretendida é atípica, haja vista a inexistência de substituição subjetiva no polo ativo da obrigação, conforme se denota dos artigos 1º, *caput*, e 2º, § 1º, da Lei 6.930/1980, do artigo 3º, II, da Lei Complementar Estadual nº 58/2006 e do parágrafo único do artigo 2º da Lei Estadual nº 18.873/15, nem se requer anuência do devedor para a eficácia do negócio jurídico (art. 290 do CC).

27. Conforme magistério de Uinie Caminha,

‘Do ponto de vista financeiro, a securitização em sentido estrito é uma operação por meio da qual se mobilizam ativos – presentes ou futuros – que, de outra maneira, não teriam a possibilidade de se autofinanciar ou gerar renda presente. A possibilidade de se emitirem títulos ou valores mobiliários a partir de uma operação de cessão ordinária é uma forma de se mobilizarem créditos gerados nas mais diversas operações, ainda que tais créditos só venham a ser realizados no futuro.

Com a securitização, o agente econômico que origina créditos pode diluir os riscos de sua carteira de recebíveis, mesmo que ela seja futura, e adiantar receitas a ela referentes ou financiar projetos, pela emissão de títulos lastreados nessa carteira. Assim, a função econômica da securitização pode ser resumida em três aspectos: mobilizar riquezas, dispersar riscos e desintermediar o processo de financiamento.

Sob a ótica jurídica, a securitização pode ser definida como a estrutura composta por um conjunto de negócios jurídicos – ou um negócio jurídico indireto, como se verá adiante – que envolve a cessão e a segregação de ativos em uma sociedade, ou um fundo de investimento, que emite títulos garantidos pelos ativos segregados. Esses títulos são vendidos a investidores e os recursos coletados servem de contraprestação pela cessão de ativos’ (*in* Securitização, Editora Saraiva, 1ª edição, 2007, pp. 38 e 39).

28. E a caracterização da securitização como operação de crédito[footnoteRef:13] é indubitável pela simples leitura do item III do Termo de Referência (Anexo I), intitulado ‘CARACTERÍSTICAS DA ESTRUTURAÇÃO DA 1ª EMISSÃO DE DEBÊNTURES COM GARANTIA REAL E DAS EMISSÕES DE DEBÊNTURES SUBORDINADAS’[footnoteRef:14]. [13: Operações de crédito “São receitas de capital provenientes de empréstimos e financiamentos”, in Administração financeira e orçamentária para concursos; Furtado, Fábio. Editora Ferreira, 2010, p. 65.] [14: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2015-07/pregAo-presencial-goiAs-parcerias-001-2015-final.pdf>]

29. Certo. De acordo com a doutrina pátria, a emissão de debêntures consiste em um empréstimo tomado pela sociedade anônima junto à comunidade de debenturistas[footnoteRef:15], sendo a operação de emissão de debêntures ‘uma modalidade diferenciada de mútuo, em que a quantia total mutuada é dividida em frações, que são distribuídas entre os credores, chamados de debenturistas’[footnoteRef:16]. [15: Teixeira, Egberto Lacerda e Guerreiro, José Alexandre Tavares, in Das sociedades anônimas no direito brasileiro, apud Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc, in Direito comercial, sociedade por ações, Editora RT, 3ª edição, 2014, p. 165; Bertoldi, Marcelo Marco e Ribeiro, Márcia Carla Pereira, in Curso avançado de direito comercial, Editora RT, 9ª edição, 2015, p. 288.] [16: Bertoldi, Marcelo Marco e Ribeiro, Márcia Carla Pereira, in Curso avançado de direito comercial, Editora RT, 9ª edição, 2015, p. 288.]

30. Logo, o ‘adiantar receitas’ e a ‘emissão de debêntures’ configuram contrato de mútuo[footnoteRef:17], ou seja, operação de crédito, conforme definição ampla[footnoteRef:18] dada pelo artigo 29 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), a saber: [17: “A disciplina do mútuo bancário, como de resto dos contratos bancários em geral, resulta da aplicação do Código Civil e das normas de regulação bancária editadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil e, quando se trate de relação de consumo, pelo Código de Defesa do Consumidor. Seus principais caracteres, todavia, são estabelecidos pelo Código Civil” (arts. 586 e ss.), in Direito Bancário. Miragem, Bruno. Editora RT, 1ª edição, 2013, p. 341.] [18: Nesse sentido, também o Manual de Instrução de Pleitos – MIP, para operações de créditos de Estados e Municípios, da Secretaria do Tesouro Nacional, versão abril de 2015: “O conceito de operação de crédito da Lei de Responsabilidade Fiscal é bastante amplo. Dessa maneira, há operações que eventualmente podem não ser caracterizadas como operações de crédito pelo sistema financeiro, mas se enquadram no conceito da LRF, devendo, portanto, ser objeto de verificação prévia pelo Ministério da Fazenda. As operações de crédito tradicionais são aquelas relativas aos contratos de financiamento, empréstimo ou mútuo. A legislação englobou no mesmo conceito as operações assemelhadas, tais como a compra financiada de bens ou serviços, o arrendamento mercantil e as operações de derivativos financeiros. Incluem-se também nessas categorias operações realizadas com instituição não financeira. Adicionalmente, há operações que, apesar de não se constituírem operações de crédito em sentido estrito, foram equiparadas a estas por força da Lei, por representarem compromissos financeiros e que foram considerados relevantes pelo legislador. As operações equivalentes a operação de crédito por

equiparação são: a) a assunção de dívidas; b) o reconhecimento ou a confissão de dívidas (ver art. 3º da RSF nº 43/2001). Os contratos de reconhecimento e confissão de dívidas normalmente envolvem o parcelamento ou postergação das obrigações objeto da repactuação” (p. 14). In <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/241999/mip-2015-04.pdf>, com acesso em 19 de julho de 2015.]

‘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**’ (destaque acrescido).

31. Ainda, a securitização da dívida ativa é modalidade de operação de crédito abarcada pela LRF, como reconhece a Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nº 444, de 08 de dezembro de 2006, que assim dispõe:

‘Art. 1º A presente Instrução dispõe sobre a constituição e o funcionamento dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não-padronizados – FIDC-NP.

§ 1º Para efeito do disposto nesta Instrução, considera-se Não Padronizado o FIDC cuja política de investimento permita a realização de aplicações, em quaisquer percentuais de seu patrimônio líquido, em direitos creditórios:

...

II – decorrentes de receitas públicas originárias ou derivadas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações;

...

Art. 7º O funcionamento dos fundos de que trata esta Instrução, abertos ou fechados, dependerá de prévio registro na CVM.

...

§ 9º Nos fundos que realizarem aplicações nos direitos creditórios referidos no inciso II do § 1º do art. 1º desta Instrução, ou em direitos creditórios cedidos ou originados por empresas controladas pelo poder público, deverá ser apresentada manifestação acerca da existência de compromisso financeiro que se caracterize como operação de crédito, para efeito do disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo, em caso positivo, ser anexada competente autorização do Ministério da Fazenda, nos termos do art. 32 da referida Lei Complementar.’

32. Ressalte-se que nem todo e qualquer FIDC[footnoteRef:19] revela operação de crédito, porém todo FIDC lastreado em recebíveis da dívida ativa, notadamente com debêntures com garantia real, é operação de crédito, porquanto não é mera alienação de direitos. [19: Os Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (FIDC), também conhecidos como fundos de recebíveis, foram criados por meio da Resolução nº 2.907/2001 do Conselho Monetário Nacional - CMN e regulamentada pela Instrução 356/01-Comissão de Valores Mobiliários – CVM, alterada pelas Instruções nºs 393/03, 435/06, 442/06, 446/06, 458/07, 484/10, 489/11, 498/11, 510/11, 531/13 e 545/14. No caso presente da Lei 18.173/2015, pretende-se realizar a securitização da dívida ativa por meio de Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não-Padronizados, razão pela qual este se rege por normativa específica, qual seja, a IN CVM 444/06.]

(...)

F – DA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA GESTÃO FISCAL RESPONSÁVEL

41. Quando da análise das contas de 2014, o relator CELMAR RECH afirmou que *‘o princípio do Planejamento, basilar da Responsabilidade Fiscal, foi olvidado pelos Gestores responsáveis pela elaboração e execução da Lei Orçamentária, fazendo o Estado incorrer no maior déficit orçamentário e financeiro de sua história’*.

42. Ainda, condenando as pedaladas havidas no Estado de Goiás, asseverou ser *‘preciso determinar ao Executivo que elimine definitivamente a sistemática atual, por absoluta incompatibilidade com a atividade estatal, uma vez que serve de alavancagem financeira ao Estado, subvertendo completamente a racionalidade e a lógica contábil e ferindo os princípios contábeis e de responsabilidade fiscal’*.

43. Não obstante isso, recalitra o Estado de Goiás em adotar medidas não sustentáveis no longo prazo, ou seja, que até podem revelar incremento de receita no curto prazo, mas que resultam em um **grande** empobrecimento no longo, na contramão do que preceitua o § 1º do artigo 1º da LRF, *ipsis litteris*:

‘Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.’

44. Segundo o que consta no Relatório sobre as Contas do Governador do Estado de Goiás, relativas ao ano de 2014, *‘a receita oriunda de dívida ativa, ainda que com sucessivos programas de recuperação fiscal promovidos pelo Governo Estadual, não vem obtendo valores representativos em relação ao saldo dessa dívida’*[footnoteRef:20](subitem 2.2.1.11, p. 333), sendo que *‘o recebimento de créditos oriundos da dívida ativa não chega a 1% do estoque da dívida apurado’* (idem, p. 334). [20: A repetitividade desses programas de recuperação fiscal mais desestimula que estimula a arrecadação, pois, aquilo que era para ser excepcionalíssimo, se torna rotineiro, estimulando os contribuintes pontuais a se tornarem devedores, já que se torna mais vantajoso financeiramente recolher os tributos com mora, que os pagar com pontualidade. A indicar o acerto desse entendimento, a Tabela 192 do Relatório sobre as Contas do Governador do Estado de Goiás, referentes ao ano de 2014 (subitem 2.2.1.11 – Recuperação de ativos, p. 333), que revela significativo decréscimo percentual da receita arrecadada sobre o saldo da dívida ativa.]

45. Embora os relatores das contas dos exercícios de 2011 e 2012 tenham recomendado *‘ao Governo do Estado de Goiás que empenhasse esforços no sentido de incrementar o recebimento dos créditos inscritos na dívida ativa, pois a efetiva arrecadação dos tributos de competência do Estado constitui requisito essencial da responsabilidade na gestão fiscal, conforme dispõe o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal’* (ibidem, p. 334), o que se viu foi um decréscimo no percentual de arrecadação de 1,11% do total da dívida ativa, no ano de 2011, para 0,63% em 2014.

46. Tal quadro indica que ou a Procuradoria Tributária sequer está sugerindo *‘ao Procurador-Geral do Estado a adoção de providências tendentes ao aprimoramento da cobrança da dívida ativa tributária do Estado’* (inciso III do artigo 21 da Lei Complementar Estadual nº 58/2006), ou essas sugestões não têm sido eficazes, ou elas não têm sido acatadas, ou a estrutura da Procuradoria-Geral do Estado chegou ao seu limite ou, ainda, a repetitividade dos programas de recuperação fiscal se tornou inócua e até contraproducente, conforme esclarecido na nota de rodapé retro. Qualquer seja a razão, o certo é que o percentual de recuperação da dívida ativa estadual tem decrescido[footnoteRef:21]. [21: É certo que o índice percentual apresentado no relatório acima mencionado é impreciso, pois desconsidera o efeito das leis de “medidas facilitadas para a quitação de débitos” (Relatório, p. 335) para com o Estado e os artigos 151 e 156, V, IX e X, do CTN sobre o montante recuperado da dívida ativa. Implica dizer, carece-se de metodologia adequada para revelar com melhor precisão o percentual de recuperabilidade do crédito inscrito na dívida ativa.]

47. O contínuo decréscimo do percentual de recuperação dos créditos da dívida ativa possui, dentre outros efeitos deletérios, o incremento da taxa de risco de investimento nessa dívida securitizada, resultando, daí, o aumento do deságio[footnoteRef:22]. [22: Esse deságio tende a crescer vigorosamente em virtude de o Estado de Goiás transmitir todo o risco aos investidores, como se denota do § 2º do artigo 6º da Lei 18.873/2015, pois, no mercado financeiro, quanto maior o risco, maior tem de ser a rentabilidade, para que investidores sejam atraídos (vide, p.ex., <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/renda-fixa/o-que-sao-fidcs.aspx?idioma=pt-br>).]

48. Conquanto a busca pelo lucro por meio da iniciativa individual seja fundamental para o enriquecimento da nação e da coletividade[footnoteRef:23], essa lucratividade individual não pode ser feita à custa do empobrecimento do Estado[footnoteRef:24]. Todavia, é exatamente isso o que irá ocorrer se levada a efeito a pretendida securitização da dívida ativa do Estado de Goiás. [23: “Cada indivíduo... não pretende promover o interesse público, nem sabe o quanto o está promovendo... ele pretende apenas sua própria segurança e dirigindo sua atividade de tal maneira que sua produção seja de maior valor, ele pretende apenas seu próprio ganho, e nisto, como em muitos outros casos, é levado por uma mão invisível para promover um fim que não fazia parte de sua intenção” (in A riqueza das nações, Adam Smith. Editora Martins Fontes, 3ª edição, 2012, Livro IV, Capítulo II, § 9).] [24: Não se está aqui condenando o mercado financeiro ou coisa parecida, mas apenas se destaca que a ânsia estatal por captar recursos para fazer frente às necessidades prementes não pode ocorrer com injustiça intergeracional.]

49. Para melhor compreensão, exemplifica-se. O Estado de Goiás possui como dívida ativa um valor de R\$ 100 milhões, oriundos de ICMS; desse valor, 25% (vinte e cinco por cento) pertencem aos municípios, por força de dispositivo constitucional (inciso IV do artigo 158 da CF/88); recuperado esse crédito (receita derivada), ele deve fazer o repasse aos municípios no percentual constitucional estipulado, na forma disciplinada pela Lei Complementar nº 63/90[footnoteRef:25]. [25: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp63.htm]

50. Ocorre que, com a securitização, o Estado coloca esse ativo de R\$ 100 milhões em um fundo (Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados – FIDC-NP[footnoteRef:26]) e recebe um valor com deságio[footnoteRef:27]. Imaginando-se um deságio conservador de 20% (vinte por cento), o Estado receberia um valor de R\$ 80 milhões, sem ter de efetuar, em um primeiro momento, qualquer repasse aos municípios, pois esse numerário seria oriundo de uma receita originária de capital, não mais de tributos (receita derivada). [26: Regulamentado pela Instrução CVM 444/2006: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/inst/inst444.html> , com acesso em 19 de julho de 2015.] [27: A título de exemplo, em FIDCs realizados com precatórios, esse deságio varia entre 30 a 70% do valor face: <http://www.plancorp.com.br/news/capital-markets/1299-fidc-de-precatório-soma-r-19-bi.html> , com acesso em 13 de julho de 2015. Porém, é de se ressaltar que o próprio Estado de Goiás, como deixa transparecer a notícia da SEFAZ reproduzida no relatório, faz previsão de um deságio entre 45% a 75%, pois que revela a expectativa de receber entre R\$ 150 milhões até R\$ 300 milhões, para um total ofertado de R\$ 700 milhões.]

51. Tempos depois, quando o Estado recuperar os créditos dessa dívida ativa, ele terá de entregar aos investidores o valor integral recuperado, ou seja, R\$ 100 milhões, porém, ainda, terá de repassar aos municípios os mesmos 25% incidentes sobre os R\$ 100 milhões arrecadados[footnoteRef:28], o que resultará em um valor líquido para o Estado não de R\$ 80 milhões, como inicialmente recebido, nem de R\$ 75 milhões, como o que originariamente devido, mas de apenas R\$ 55 milhões. [28: Para simplificar e não assustar os leitores com o impacto negativo sobre o aporte de recursos aos cofres públicos, desprezam-se todos os encargos financeiros dessa operação, bem assim o necessário incremento do montante devido aos investidores em virtude da incidência de juros e correção monetária.]

52. Ressalta-se que a operação pretendida pelo Estado envolve R\$ 700 milhões, sendo que 96,31% dela envolve recursos do ICMS, e que o Estado planeja receber entre R\$ 150 e R\$ 300 milhões, isto é, um deságio que varia entre 45% a 75% do montante devido. Assim, no deságio limite superior, o Estado de Goiás, dos R\$ 700 milhões a perceber, receberá apenas R\$ 150 milhões e terá de repassar aos municípios R\$ 175 milhões. Prejuízo inexistente mais claro ao erário!

53. Tal situação faz rememorar lição de quase 400 anos, dada pelo Padre Antônio Vieira, em 1622, no Sermão duodécimo da sua proteção: ‘*Crescer a grandeza que se não pode sustentar, é*

enfraquecer’ (in Sermões, Tomo 2, Editora Hedra, página 282). É justamente o caso: embora o montante de recursos passível de ingresso nos cofres públicos possa vir a ser, no curto prazo, maior que o que seria possível pelas vias normais, no longo prazo a situação se inverte radicalmente, frente às obrigações financeiras assumidas pelo Estado, que corroerão fortemente os recursos públicos.

54. Embora seja previsível essa situação, em nenhum momento no projeto de lei, bem assim na correlata exposição de motivos, o Estado de Goiás deu a indicar a adoção de medidas para se prevenirem os riscos capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, como determina o § 1º do art. 1º da LRF, tudo a indicar sua renitência em administrar de forma *ad hoc*, na contramão do que demandam os princípios da gestão fiscal responsável.

55. Destarte, verifica-se que o Poder Executivo deliberadamente cria riscos à saúde das contas públicas, mas resguarda integralmente o risco dos investidores privados, na contramão do que preceitua o princípio do interesse público[footnoteRef:29]. [29: Notadamente caracterizada essa redução pela farta existência debêntures subordinadas.]

(...)

III – DO PEDIDO LIMINAR INCIDENTAL

68. Dada a inconstitucionalidade da Lei nº 18.873/2015, na parte que prevê a securitização da dívida ativa oriunda de impostos, em vista da contrariedade ao disposto no inciso IV do artigo 167 da CF/88, bem assim no inciso IV do artigo 112 da CE-GO, a licitação ora em questão não pode prosseguir, porquanto o objeto por ela pretendido contém situação de vinculação de impostos vedada constitucionalmente.

69. Fosse isso pouco, a realização da operação de crédito pretendida deve ser precedida da observância dos artigos 32 e 33 da LRF e da Resolução nº 43, de 2001, do Senado Federal, sem o que não poderá ser realizada.

70. Logo, o prosseguimento desse procedimento licitatório pode resultar em atividade administrativa inconstitucional e ilegal, prejudicial ao erário, que sofrerá com despesas irregulares.

71. Assim, demonstrados a fumaça do bom direito e o perigo da demora, deve ser concedida medida cautelar incidental, fundada nos artigos 322 a 327 do RITCE-GO, com o fito de suspender o prosseguimento da licitação, até que a Corte de Contas, realizado o devido contraditório e observado o rito previsto no artigo 102 do Regimento Interno do TCE-GO, delibere definitivamente sobre a matéria, devendo, antes, porém, determinar ao gestor da GOIÁS PARCERIAS a juntada aos autos (**PROCESSO Nº 201500047001439**) de cópias dos seguintes documentos:

- Estatuto Social da Goiás Parcerias, comprovando que essa operação se encontra por ele albergada;
- Ata da Assembleia Geral que previamente aprovou a realização dessa operação de crédito;
- Parecer da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, exarado no Processo nº 201400013002510, que subsidiou a elaboração da Lei Estadual nº 18.873/2015.

72. Ademais, solicita-se ao relator que oportunize ao Presidente da GOIÁS PARCERIAS apresentar justificativa que levou à opção pelo pregão presencial, pois o artigo 85 da Lei Estadual nº 17.928, de 27 de dezembro de 2012, determina a utilização preferencial pela modalidade eletrônica de pregão, bem assim que determinou que a primeira emissão de debêntures ocorrerá ainda com o capital fechado da sociedade de economia mista[footnoteRef:30], sendo que essa modalidade reduz sensivelmente o número de interessados nas debêntures[footnoteRef:31]. [30: Segunda coletânea de respostas das aos pedidos de esclarecimentos relacionados ao Pregão Presencial nº 001/2015, da GOIÁS PARCERIAS, in <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2015-07/coletanea-de-respostas---esclarecimentos-ii.pdf>, com acesso em 19 de julho de 2015.] [31: Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc, in Direito comercial, sociedade por ações, Editora RT, 3ª edição, 2014, p. 165.]

73. Após a eventual apresentação de justificativa e juntada de documentos, solicita-se seja observado o trâmite regimental previsto, com especial observância ao que consta no item H desta peça.”

Mediante consulta ao sítio do TCE/GO, verificou-se que ainda não houve deliberação a respeito da aludida Representação.

O conjunto dos sólidos argumentos apontados e reproduzidos no presente parecer evidencia, de forma cristalina, a natureza de operação de crédito dos FIDCs BH e Nova Iguaçu, assim como das operações envolvendo o DF, SP e GO.

Como proposta de mérito, então, o Ministério Público de Contas opina no sentido de que, relativamente a Goiás:

a) sejam excluídas as propostas da Semag de (peça 126):

“i) cautelarmente, com fulcro no art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 276 do Regimento Interno desta Corte de Contas, determinar à Comissão de Valores Mobiliários que não processe, ou suspenda, no caso de já ter sido realizado, o registro de valores mobiliários lastreados em direitos creditórios autônomos originados de créditos tributários ou não, parcelados, a serem cedidos pelo Governo do Estado de Goiás (Lei Estadual 18.873/2015), até que esta Corte delibere sobre o mérito da Representação do Ministério Público junto ao TCU (peça 105);

j) determinar a oitiva da Comissão de Valores Mobiliários, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria do Tesouro Nacional e do estado de Goiás acerca de todos os fatos tratados na Representação do Ministério Público junto ao TCU (peça 105);

k) constituir processo apartado ao TC 016.585/2009-0, para tratar da medida cautelar proposta na Representação do Ministério Público junto ao TCU contra a operação do estado de Goiás (peça 105);”

b) seja, desde logo, apreciado o mérito da Representação à peça 105, reconhecendo-se a natureza de operação de crédito da *“cessão, a título oneroso, dos direitos creditórios de créditos tributários, em fase administrativa ou judicial”*, de que trata a Lei Estadual Goiana 18.873/2015.

VII

No âmbito do processo TC-024.270/2015-6 (apenso), o Ministério Público Federal, por intermédio do Dr. Cláudio Gheventer, Procurador da República no estado do Rio de Janeiro, solicita que esta Corte informe o seguinte (Procedimento Administrativo MPF/PR/RJ 1.16.000.004833/2014-38, peça 1, p. 1, do aludido processo):

“a) o andamento atual dos processos TC 016.585/2009-0 e TC 043.416/2012-8, esclarecendo se este Tribunal de Contas já se pronunciou expressamente acerca do conceito de operação de crédito em operações de securitização de receita de ente público;

b) acerca da existência de procedimento instaurado no âmbito deste Tribunal de Contas destinado a averiguar se a emissão de valores mobiliários representativos de dívida realizada por sociedades controladas direta ou indiretamente por estados, municípios e pelo Distrito Federal e a transferência de direitos creditórios inscritos em dívida ativa do ente federado para tais sociedades se enquadram ou não no conceito de operação de crédito insculpido na Lei de Responsabilidade Fiscal;

b.l) neste sentido, encaminho-lhe, para análise por parte desta SEMAG, cópia do MEMO/SRE/GER-2/023/2011, extraído do processo CVM/RJ 2010/17288, que versava sobre a emissão privada de debêntures por parte da Companhia Paulistana de Securitização (CPSEC), em que a unidade técnica da Comissão de Valores Mobiliários acatou a tese de que a cessão do fluxo financeiro gerado pelos créditos tributários do Estado de São Paulo não acarreta compromisso financeiro por parte do aludido ente em razão da inexistência de responsabilização do Estado pelo pagamento das Debêntures Seniores emitidas pela CPSEC, afastando, assim, a hipótese prevista no art. 2º da Resolução CMN 2.391/1997, que exige a manifestação prévia do Ministério da Fazenda (em substituição ao Banco Central).”

Adicionalmente, o MPF solicita que lhe sejam encaminhadas cópias de eventuais decisões, pareceres e análises técnicas a respeito do tema (peça 1, p. 2, TC-024.270/2015-6).

Em atendimento, no dia 9.11.2015, a Semag, além de enviar-lhe cópia integral dos processos TC-016.585/2009-0 e TC-043.416/2012-8 e da instrução da unidade técnica (peças 5/7 do TC-024.270/2015-6):

a) encaminhou ao Procurador planilha contendo a classificação das peças processuais com restrição de acesso à informação, *“razão pela qual a documentação ali discriminada mantém a chancela de sigilo no TCU, requerendo tal tratamento a essa Procuradoria, na forma do art. 25, §§ 1º e 2º, da Lei 2.527/2011”*;

b) informou ao Procurador que *“o processo requerido se encontra pendente de julgamento e, em virtude do caráter preliminar, essas informações serão complementadas, por esta Unidade Técnica, quando da apreciação final da matéria, nos termos do art. 66 da Resolução-TC U nº 259/2014”*.

O inteiro teor do MEMO/SRE/GER-2/023/2011, mencionado no expediente do MPF, é o seguinte (peça 2, pp. 3/4, TC-024.270/2015-6):

“Em atendimento ao disposto no art. 1º da Resolução CMN 2.391/1997, a Companhia Paulista de Securitização (‘emissora’ ou ‘CPSEC’), companhia aberta controlada pelo Estado de São Paulo, que detém 95% de seu capital social, apresentou, em 7/12/2010, pedido de anuência para emissão privada de debêntures simples.

Nesse expediente, a companhia informa que emitirá privadamente até 50.000 (cinquenta mil) debêntures subordinadas e não conversíveis em ações, que terão o valor nominal unitário de R\$ 100.000,00 e série única.

Informa também que poderá captar até R\$ 5 bilhões nessa operação privada, e o montante captado será totalmente subscrito e integralizado pelo Estado de São Paulo, por meio de cessão de direitos creditórios.

Ressalte-se que o objeto social da emissora é a aquisição de direitos creditórios de titularidade do Estado de São Paulo, originários de créditos tributários e não tributários que tenham sido objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, dentre os quais se destacam os inseridos no Programa de Parcelamento Incentivado (‘PPI’) do ICMS, cuja carteira tinha um valor estimado superior a R\$ 4,0 bilhões em fevereiro de 2010. Tal estimativa, no entanto, foi posteriormente retificada e a estimativa atual para o montante desses direitos gira em torno de R\$ 3,0 bilhões.

Para a aquisição desses direitos creditórios, a emissora informa que pretende captar recursos através de duas operações:

- a emissão privada em exame, onde pretende captar R\$ 2,25 bilhões, integralizados pelo Estado de São Paulo com os direitos creditórios;

- uma oferta pública de distribuição de debêntures da espécie com garantia real no valor de aproximadamente R\$ 750 milhões, a ser realizada com fundamento na Instrução CVM 476, que terão como lastro créditos tributários.

Informa também que (i) as debêntures com garantia real (oferta pública) serão emitidas até 30/06/2011, com vencimento no último dia útil do 48º mês após sua data de emissão; (ii) as debêntures subordinadas (oferta privada) serão emitidas até 30/06/2011, com vencimento no último dia útil do mês de fevereiro de 2025, e (iii) a escritura das debêntures com garantia real (oferta pública) prevê pagamento prioritário em relação às debêntures subordinadas.

Resolução CMN 2.391/1997

A Resolução dispõe sobre a emissão de valores mobiliários representativos de dívida realizada por sociedades controladas direta ou indiretamente por estados, municípios e pelo Distrito Federal.

Assim prevê, em seu art. 1º, que a emissão privada de valores mobiliários representativos de dívida realizada por tais sociedades depende de prévia anuência da CVM.

Esta mesma resolução prevê em seu art. 2º:

‘Art. 2º Quando a emissão, pública ou privada, de valores mobiliários representativos de dívida contar com garantias prestadas por parte de estados, municípios ou pelo Distrito Federal, ou, ainda, acarretar comprometimento futuro de recursos orçamentários, a Comissão de Valores Mobiliários, previamente à manifestação referida no art. 1º ou à concessão de registro, ouvirá o Banco Central do Brasil quanto ao atendimento às disposições das Resoluções do Senado Federal sobre endividamento público, o qual se pronunciará no prazo de 10 (dez) dias.’

Sobre essa questão, a CPSEC apresenta, em documento anexo à petição, parecer da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que aponta a inexistência de garantia ou compromisso financeiro por parte do Estado de São Paulo que pudesse requerer seu exame por outras autoridades federais, do qual destaca-se seu item 32:

‘32 A rigor, a cessão do fluxo financeiro gerado pelos créditos tributários parcelados funciona como contrapartida do Estado à CPSEC, pela transferência de recursos obtidos pela CPSEC no mercado de capitais, com a emissão das Debêntures Seniores. A essência econômica e jurídica dessa transação não implica comprometimento futuro de recursos orçamentários, na acepção da Resolução 2.239/1997, de 22 de maio de 1997, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional. Sem embargo da discussão sobre a vigência do normativo em face do advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (que deu novo tratamento à matéria e afastou a competência do Banco Central do Brasil para controlar o endividamento dos entes públicos), é certo que a fonte dos recursos a serem transferidos à CPSEC está desde logo assegurada, na medida em que decorre de créditos tributários definitivamente constituídos. Dessa forma, fica afastada a necessidade de utilização de receitas previstas genericamente na peça orçamentária. Se os Direitos Creditórios cedidos pelo Estado, oriundos de créditos tributários parcelados, forem insuficientes para servir as Debêntures Seniores emitidas pela CPSEC, nenhuma responsabilidade adicional caberá ao Estado.’

Nossas Considerações

Preliminarmente, cumpre destacar que o Colegiado, em reuniões realizadas em 13/10/2009, 20/10/2009, 22/12/2009, 04/05/2010, 30/11/2010 e 07/12/2010, analisou casos semelhantes, em que deliberou autorizar emissões privadas de debêntures da Companhia de Gás de Minas Gerais S.A. – GASMIG, Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, Empresa de Infovias S.A., Companhia Espírito Santo de Saneamento – CESAN, Empresa Baiana de Águas e Saneamento – EMBASA e Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA, respectivamente, uma vez atendidos, previamente, os seguintes requisitos:

- a. Comprovação do atendimento ao limite estabelecido no art. 60, § 1º, da Lei 6.404/1976 (revogado pela MP 517, de 30.12.2010);
- b. Envio da publicação da ata da assembleia-geral que deliberou sobre a emissão, arquivada no registro do comércio, nos termos do art. 62, inciso I, da Lei 6.404/1976;
- c. Envio de escritura de emissão devidamente inscrita no registro do comércio, conforme dispõe o art. 62, inciso II, da Lei 6.404/1976, inserida declaração do agente fiduciário, se contratado, acerca do atendimento às disposições previstas no artigo 12, inciso IX, da Instrução CVM 228/1983;
- d. Envio de anuência do órgão regulador acerca da presente emissão, se houver previsão em legislação específica pertinente.

Conforme análise da documentação ora encaminhada, observamos que:

- i. o requisito legal *a* não mais vigora;
- ii. os requisitos legais *b* e *d* acima foram plenamente atendidos;
- iii. a parte inicial do requisito legal *c* acima foi plenamente atendida – envio da escritura de emissão devidamente registrada - e a parte final não é aplicável, tendo em vista que não há, na escritura de emissão, previsão de contratação de agente fiduciário;

iv. a manifestação da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo afasta a hipótese prevista no art. 2º da Resolução CMN 2.391/1997 (ambas transcritas na página anterior).

Pelo exposto, somos favoráveis à concessão de anuência para a emissão privada de debêntures simples pela CPSEC, nos termos do disposto no art. 1º da Resolução CMN 2.391/1997.

Isto posto, enviamos a presente solicitação ao Superintendente Geral, para que seja submetida à apreciação do Colegiado desta CVM, sendo apta a SRE a relatar a matéria.”

Feito esse breve relato, avancemos no exame da matéria.

Debêntures são títulos de dívida, “*de médio e longo prazo, que conferem a seu detentor um direito de crédito contra a companhia emissora. Quem investe em debêntures se torna credor dessas companhias. No Brasil, as debêntures constituem uma das formas mais antigas de captação de recursos por meio de títulos. Todas as características desse investimento, como prazo, remuneração etc., são definidas na escritura de emissão*” [footnoteRef:32]. [32: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/kenda-fixa/o-que-sao-debentures.aspx?Idioma=pt-br>.]

Enquanto ferramenta financiadora de novos investimentos, as debêntures, espécie do gênero emissão de títulos, constituem uma forma de endividamento.

Nesse sentido, a Comissão de Valores Mobiliários oferece, em seu sítio na *internet*, as seguintes informações, entre outras [footnoteRef:33]: [33: http://www.p.ortaldoinvestidongov.br/menu/Menu_Investidor/valores_mobiliarios/debenture.html.]

“Debêntures

A debênture é um valor mobiliário emitido por sociedades por ações, representativo de dívida, que assegura a seus detentores o direito de crédito contra a companhia emissora. Consiste em um instrumento de captação de recursos no mercado de capitais, que as empresas utilizam para financiar seus projetos. É uma forma também de melhor gerenciar suas dívidas.

Os recursos captados pela empresa por meio da distribuição de debêntures podem ter diferentes usos: investimentos em novas instalações, alongamento do perfil das dívidas, financiamento de capital de giro, etc.

Ao disponibilizar seus recursos para serem utilizados pela empresa, o comprador (ou debenturista, debenturista proprietário, titular de debênture, como é chamado) faz jus a uma remuneração.

Desta forma, a debênture é um título de crédito privado em que os debenturistas são credores da empresa e esperam receber juros periódicos e pagamento do principal - correspondente ao valor unitário da debênture - no vencimento do título ou mediante amortizações nas quais se paga parte do principal antes do vencimento, conforme estipulado em um contrato específico chamado ‘Escritura de Emissão’.

(...)

Direitos e resgate

Os debenturistas são credores da Companhia e são remunerados pelo investimento (juros fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia, prêmio, etc.), nas condições e prazos definidos na Escritura, além da quantia relativa ao valor investido, que pode ser recebida no vencimento, ou antes, mediante amortização do valor nominal da debênture. O vencimento da debênture ocorre na data fixada na Escritura, que pode variar conforme as condições de emissão, podendo a companhia estipular amortizações parciais de cada série, bem como se reservar o direito de resgate antecipado, parcial ou total, dos títulos de mesma série.

No entanto, há um tipo especial de debênture, chamada de ‘Perpétua’, que não possui data de vencimento preestabelecida.

Caso previsto na Escritura, e com a concordância dos debenturistas e da Companhia, as condições definidas na emissão podem ser repactuadas.

Garantias

A emissão da debênture poderá ser efetuada com ou sem garantias. No caso da emissão com garantia, temos:

- Garantia Real - envolvendo o comprometimento de bens ou direitos que não poderão ser negociados sem a aprovação dos debenturistas, para que a garantia não fique comprometida.
- Garantia Flutuante - assegura privilégio geral sobre o ativo da emissora, mas não impede a negociação dos bens que compõe esse ativo.

Existem dois tipos de emissões sem garantia: as Quirografárias (debênture sem privilégio) e as Subordinadas. Em ambos os casos, o debenturista não terá nenhuma garantia ou preferência no caso de liquidação da companhia.

Ressalte-se ainda que, em caso de liquidação da companhia, no pagamento de suas obrigações com os credores, as Quirografárias precedem às Subordinadas.”

Mais informações podem ser destacadas sobre a natureza jurídica do título de crédito ora em exame (“Estudos Especiais. Produtos de Captação. Debêntures”. Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro - Andima. Rio de Janeiro. 2008[footnoteRef:34]): [34: <http://www.debentures.com.br/downloads/textostecnicos/debentures.pdf>.]

“De acordo com os dispositivos legais, a debênture é um valor mobiliário emitido pelas sociedades anônimas, representativo de uma fração de um empréstimo (Lei 6.385/1976, art. 2º, I), com origem em um contrato de mútuo pactuado entre a companhia emissora e os compradores (debenturistas representados pelo agente fiduciário), e que confere a estes o direito de crédito contra a primeira, nas condições constantes da escritura de emissão e do certificado (Lei 6.404/1976, art. 52). A companhia emissora pode efetuar mais de uma emissão – cada uma delas pode ser dividida em séries, sendo as da mesma série de igual valor nominal e conferindo a seus titulares os mesmos direitos (Lei 6.404/1976, art. 53). As debêntures representam um mecanismo eficiente de captação de recursos, oferecendo a seus usuários várias possibilidades de engenharia financeira. Tais características têm garantido a estes títulos, geralmente com perfil de longo prazo, a condição de valor mobiliário mais utilizado no âmbito do mercado financeiro.

Antes de apresentar as definições normalmente empregadas para o título debênture, é necessário compreender a origem de sua atual utilização no mercado financeiro. No exercício de suas atividades, frequentemente as empresas demandam recursos adicionais, seja para a realização de novos projetos, pagamento de dívidas ou aumento de capital de giro. Com este objetivo, podem se valer de recursos próprios, via geração interna de fluxos de caixa positivos ou retenção de lucros. Caso optem por capital de terceiros, têm à disposição mecanismos como assunção de dívidas (debêntures, notas promissórias, *export notes*, fundos de investimentos, recebíveis imobiliários, empréstimos bancários e financiamentos) e/ou emissão de ações. Dependendo de sua natureza, as dívidas podem ser assumidas mediante ou não intermediação bancária e com ou sem a emissão de títulos.

No caso da emissão de debêntures, o investidor empresta à companhia emissora a quantia correspondente ao valor dos títulos que está adquirindo, com a promessa de receber, no prazo contratado, o principal investido, acrescido de remuneração e na forma definida pela escritura de emissão. A escritura de emissão é um instrumento que especifica as condições sob as quais a debênture será emitida, os direitos dos debenturistas e os deveres da companhia emissora. Por ser um empréstimo, a debênture assegura aos seus titulares direito de crédito contra a companhia emissora.”

Em sua formatação geral, na seara privada, que não é muito diferente, em essência, do que

ocorre no setor público, o fluxo dos FIDCs apresenta as seguintes etapas[footnoteRef:35]: [35: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/CON-A1325.pdf>. In “Gestão de Riscos dos Fundos de

Investimento em Direitos Creditórios”. Autoria: Bleise Rafale Cruz, Jorge de Souza Bispo. XXXII Encontro da Anpad – Rio de Janeiro/RJ – 6 a 10 de setembro de 2008.]

1. Empresas vendem produtos e serviços a clientes;
2. Clientes que geram direitos creditórios;
3. Empresas cedem direitos creditórios ao Fundo;
4. FIDC emite cotas;
5. Investidores adquirem cotas;
6. FIDC paga a cessão;
7. No vencimento dos recebíveis, os clientes pagam ao FIDC;
8. FIDC paga amortização e/ou resgate de cotas seniores e
9. FIDC paga amortização e/ou resgate de cotas subordinadas.

Essas considerações deixam claro que, a bem da verdade, no caso do estado de São Paulo, todo o lastro da operação de emissão de debêntures, por meio da Companhia Paulista de Securitização, companhia aberta controlada pelo referido ente federado, que detém 95% de seu capital social, foi calcado em créditos de titularidade do estado, créditos estes cuja recuperação constitui receita estadual todo ano verificada em algum percentual do montante devedor. Esse percentual de recuperação é justamente o que dará segurança aos investidores adquirentes das debêntures de que elas serão honradas.

Na securitização, como lembra a doutrina[footnoteRef:36], cria-se estrutura de captação de recursos **associada à qualidade das receitas vinculadas a esses ativos**, e não à qualidade do tomador de recursos. [36: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/CON-A1325.pdf>. In “Gestão de Riscos dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios”. Autoria: Bleise Rafale Cruz, Jorge de Souza Bispo. XXXII Encontro da Anpad – Rio de Janeiro/RJ – 6 a 10 de setembro de 2008.]

Como visto, o próprio MEMO/SRE/GER-2/023/2011 relata que, segundo informado pela companhia, haverá a emissão privada de até 50.000 debêntures subordinadas e não conversíveis em ações (valor nominal unitário de R\$ 100.000,00 e série única) e que poderão ser captados até R\$ 5 bilhões nessa operação privada, sendo que *“o montante captado será totalmente subscrito e integralizado pelo Estado de São Paulo, por meio de cessão de direitos creditórios”* (peça 2, pp. 3/4, TC-024.270/2015-6).

É evidente, portanto, a existência do compromisso financeiro de que trata o artigo 29, inciso III, da LRF por parte do ente federativo.

Esse compromisso financeiro acarreta, portanto, comprometimento futuro de recursos orçamentários (artigo 2º da Resolução BCB 2.391/1997).

Em essência, portanto, em casos da espécie, as operações com debêntures têm a mesma natureza de um FIDC, ante a semelhança do formato jurídico. Isto é, as duas operações, FIDC e SPE, são essencialmente semelhantes.

Ao que parece, a operação via debêntures é, na realidade, uma tentativa de descaracterizar e mascarar a natureza de operação de crédito e, com isto, tentar dispensar o exame do Ministério da Fazenda e do Senado Federal quanto à adequação da operação ao limite de endividamento do ente federal.

Conforme noticiado na imprensa, via Valor Econômico, em 15/8/2015[footnoteRef:37]: [37: <http://bugelli.com.br/impasse-trava-fundo-de-recebiveis-de-sp/>]

“Sem a alternativa de ceder recebíveis para fundos, estados e municípios encontraram uma brecha legal para captar recursos no mercado de capitais. A operação envolve a criação de uma empresa controlada pelo governo, para a qual são cedidos os recebíveis, geralmente de programas de parcelamento de impostos em atraso. Posteriormente, essa empresa capta os recursos por meio de uma emissão de títulos de dívida, como debêntures.

Na prática, trata-se de uma operação semelhante à cessão de créditos para um fundo, mas que não esbarra em nenhuma restrição do TCU ou da CVM, nem sequer tem passado por autorização da Fazenda. Apenas neste ano, o governo do Estado de São Paulo realizou uma captação de R\$ 740 milhões com uma emissão de debêntures, e os governos de Goiás e Minas Gerais já anunciaram que pretendem realizar operações semelhantes.”

A título de ilustração, veja-se excerto de artigo publicado na rede mundial de computadores, em 31.5.2015, sob o título “TCU: Debêntures Tributárias são ilegais”[footnoteRef:38] (grifos no original): [38: [http://peritiaeconomica.com.br/debentures/.](http://peritiaeconomica.com.br/debentures/)]

“Conceito de Derivativos na Lei de Responsabilidade Fiscal

‘Agrupar diversos ativos financeiros transformando-os em títulos negociáveis no mercado de capitais’.

Título de crédito gerado pela RECDA (a Debênture) é DERIVADO dos créditos cedidos. Portanto, é um Derivativo Financeiro. A securitização é uma das modalidades do mercado de derivativos.

Ceder APENAS o fluxo financeiro ou a Receita do parcelamento para lastrear a emissão das debêntures enquadra-se no conceito de uma operação de derivativos sintética, onde o ônus de manter e cobrar os ativos inadimplentes permanece com a Prefeitura e com os Contribuintes Recifenses, enquanto o bônus dos créditos, a parte boa, é repassada à RECDA [Recife Distribuidora de Ativos S/A]. Esta, sem dúvida, é uma operação perde ganha.

Mais uma vez, a criação da RECDA bate de frente com a Lei de Responsabilidade Fiscal. O art. 29, III, da LRF reza que:

‘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.’.

A SEMAG – órgão técnico do TCU – entende e classifica que todas as operações com cessão de direitos oriundos de tributos ou créditos não tributários é um DERIVATIVO FINANCEIRO, claramente tipificadas na LRF como operação de crédito, devendo, portanto, ser submetida ao crivo do Senado e da Receita Federal.

O *caput* do art. 35 da LRF também veda a manobra de tentar criar uma estatal para realizar operação de crédito por vias transversas:

‘É vedada a realização de operação de crédito entre um ente da Federação, diretamente ou (indiretamente grifo nosso) por intermédio de fundo, autarquia, fundação ou empresa estatal dependente, e outro, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente.’.

Outro artigo da LRF, o art. 37, também veda a tentativa de mascarar a operação através de emissão de debêntures pela RECDA.

Equiparam-se a operações de crédito e estão vedados:

‘II – recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação;’

Ao receber valores antecipados da Estatal Controlada RECD, salvo lucros e dividendos na forma da lei, a RECD, na gestão do Alcaide (...), enquadra-se fatalmente nas vedações do art. 37, II, da LRF.”

Outro óbice à modelagem das operações ora em análise consiste na vinculação de receitas para a emissão das debêntures, prática considerada inconstitucional, conforme visto anteriormente na manifestação do egrégio TJDF, em sede de medida cautelar, ao se pronunciar sobre o Fundo Especial da Dívida Ativa/DF, instituído por meio da Lei Distrital 5.424/2014 (Processo 2014.00.2.031955-0, peça 118).

Em 3.11.2015, a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada procedente, conforme ementa a seguir[footnoteRef:39] (grifo nosso): [39: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=905891>]

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 5.424/2014. INSTITUIÇÃO DE FUNDO ESPECIAL DE DÍVIDA ATIVA. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. ART. 146, CAPUTE § 1º, 150, § 11, 151, IV E V, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL.

I - A Lei Orgânica do Distrito Federal reserva à lei complementar apenas o estabelecimento das condições gerais para a instituição e funcionamento de fundos, e não a sua criação propriamente dita, que poderá ocorrer por meio de lei ordinária.

II - Não se admite a vinculação ao Fundo de receitas decorrentes de créditos tributários inadimplidos inscritos em dívida ativa, em razão do princípio da não afetação, insito no art. 151, IV, da LODF.

III - A fixação de destinação das receitas do Fundo instituído em contrariedade com as finalidades definidas no art. 150, § 11, da LODF contamina a norma com vício de inconstitucionalidade.IV - A norma distrital que autoriza a abertura de crédito adicional sem a existência e a indicação de recursos disponíveis e descomprometidos viola o disposto no art. 151, V, da LODF.V - A abertura de créditos adicionais sob garantia futura e **a possibilidade de cessão de créditos que sequer ingressaram no Fundo configura nítida conformação de operação de crédito**, cujo procedimento é vedado nos 120 (cento e vinte) dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 15 da Resolução 43/2001 do Senado Federal, de observância obrigatória pelo Distrito Federal, por força do art. 146, *caput*, da Lei Orgânica.

VI - A contratação de empréstimos sob garantias futuras sem a indispensável previsão do impacto a recair na administração financeira subsequente ofende o art. 146, § 1º, da LODF.VII - Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 5.424, de 2 de dezembro de 2014, com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*. (Acórdão n. 905891, 20140020319550ADI, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Conselho Especial, Data de Julgamento: 03/11/2015, Publicado no DJE: 16/11/2015. Pág.: 11)”

Nos termos do voto condutor da referida deliberação[footnoteRef:40]: [40: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj.>]

“VINCULAÇÃO DE RECEITA: VIOLAÇÃO AO ARTIGO 151, INCISO IV, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL (ART. 167, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

O princípio da não vinculação ou da não afetação de receitas, previsto no art. 151, IV, da LODF e no art. 167, IV, da CF, impossibilita, como regra, a vinculação do produto de arrecadação de imposto a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159 da CF, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária.

Nos dizeres de RICARDO LOBO TORRES, tal mandamento ‘se justifica na medida em que reserva ao orçamento e à própria Administração, em sua atividade discricionária na execução da despesa pública, espaço para determinar os gastos com os investimentos e as políticas sociais’.

Trata-se de uma decorrência lógica dessa espécie de tributo; afinal, os impostos são destinados a remunerar serviços públicos indivisíveis, não vinculados a qualquer atividade estatal específica ao contribuinte, sendo coerente que a sua receita também não esteja vinculada a um fim específico.

Nesse contexto, não poderia a lei determinar que as receitas decorrentes dos créditos inadimplidos inscritos em dívida ativa, dentre os quais se incluem irrefragavelmente aqueles decorrentes de impostos, vinculassem ao Fundo instituído pelo diploma normativo (art. 2º da lei).

A propósito, confira-se a abalizada doutrina:

‘Os fundos não têm personalidade jurídica. Os fundos são modos de organização de recursos para a aplicação específica em despesas necessárias à solução de problemas que carecem de uma atenção especial. Por regra, constituem-se de recursos a eles especialmente destinados para cumprimento das finalidades para as quais são criados. Sua natureza varia segundo as necessidades que socorrem. Por isso, seus recursos são vinculados a determinados objetivos, serviços ou despesas. E essa é a sua característica e sua função: congregam recursos financeiros específicos para objetivos, serviços ou despesas específicos, e é também por isso que o inc. IV deste artigo veda a vinculação de receita de impostos a eles. Mas essa vinculação proibida significa que não se pode destinar a receita de determinado imposto ao suprimento de recursos do fundo; não se inclui a possibilidade de destinar recursos financeiros em geral a eles. (...)’

(...)

POSSIBILIDADE DE ABERTURA CRÉDITOS ADICIONAIS E DE CESSÃO DE CRÉDITO INADIMPLIDOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA: NATUREZA DE EMPRÉSTIMO SOB RECEITA FUTURA E AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE IMPACTO NA ADMINISTRAÇÃO SUBSEQUENTE: VIOLAÇÃO AO ARTIGO 146, CAPUT E PARÁGRAFO 1º, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL.

A abertura de créditos adicionais e a possibilidade de cessão de créditos inadimplidos inscritos em dívida pública com esteio em receita futura (artigos 10 e 3º) - lembre-se: as receitas do FEDAT são compostas por valores que ainda serão objeto de cobrança judicial, venda de ativos e rendimentos decorrentes - tem nítida conformação de operação de crédito, em tudo a caracterizar empréstimo.

Ocorre que a lei impugnada foi editada em dezembro de 2014 e o art. 15 da Resolução 43/2001 do Senado Federal, de observância obrigatória pelo Distrito Federal, nos termos do art. 146, *caput*, da sua Lei Orgânica, veda a contratação de operação de crédito nos 120 dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Poder Executivo do Estado.

(...)

Todavia, a contratação de empréstimos sob garantias futuras não veio acompanhada da indispensável previsão do impacto a recair na administração financeira subsequente, como exige a norma acima transcrita.

Nesse contexto, tem-se que a Lei Distrital nº 5.424, de 02 de dezembro de 2014, contraria, diretamente, aos artigos 146, *caput*, e § 1º, 150, § 11, 151, IV e V, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal, devendo ser expurgada do ordenamento jurídico.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação, declarando a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 5.424, de 02 de dezembro de 2014, com eficácia *erga omnes* e efeito *ex tunc*.

É como voto.” (grifo nosso)

Ainda sobre o DF, no interregno entre a concessão da liminar pelo TJDF (peça 118) e o julgamento do mérito da referida ação direta de inconstitucionalidade, foi sancionada a Lei Complementar Distrital 897, de 18/6/2015 (DODF de 19/6/2015), que “autoriza o Poder Executivo a ceder, a título oneroso, os direitos creditórios de origem tributária ou não tributária objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, na forma que especifica, e dá outras providências”[footnoteRef:41]. A modelagem prevê a cessão em favor de uma sociedade de propósito específico – SPE, com vistas à emissão de valores mobiliários ou outra forma de obtenção de recursos junto ao mercado de capitais, lastreada nos direitos creditórios. [41: “Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a ceder, a título oneroso, à sociedade de propósito específico - SPE a que se refere o art. 8º, os direitos creditórios de propriedade do Distrito Federal de origem tributária ou não tributária objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais. Art. 2º A cessão de que trata o art. 1º não modifica a natureza do crédito que originou o direito creditório objeto da cessão, o qual mantém suas garantias e privilégios, não altera as condições de pagamento, os critérios de atualização e a data de vencimento e não transfere a prerrogativa de cobrança judicial e extrajudicial dos créditos originadores, que permanece com a Procuradoria-Geral do Distrito Federal e a Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal. Art. 3º Para os fins desta Lei Complementar, o valor mínimo da cessão não pode ser inferior ao do saldo atualizado do parcelamento, excluídos juros e demais acréscimos financeiros incidentes sobre as parcelas vincendas. Art. 4º O cessionário não pode efetuar nova cessão dos direitos creditórios cedidos na forma desta Lei Complementar, salvo anuência expressa do Distrito Federal. Art. 5º Ficam excluídas da cessão prevista no art. 1º: I - a parcela de que trata o art. 42, parágrafo único, da Lei Complementar nº 4, de 30 de dezembro de 1994; II - verbas decorrentes do ajuizamento de ações judiciais, inclusive honorários. Art. 6º O Poder Executivo deve editar instrumento específico disciplinando a cessão, com individualização dos direitos creditórios cedidos, aplicando-se, no que couber, os dispositivos pertinentes do Código Civil, instituído pela Lei federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Parágrafo único. A cessão se faz em caráter definitivo, sem assunção pelo Distrito Federal 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 federal nº 101, de 4 de maio de 2000, caracterizar operação de crédito. Art. 7º Nos procedimentos necessários à formalização da cessão prevista no art. 1º, o Distrito Federal preserva o sigilo relativo a qualquer informação sobre a situação econômica ou financeira do contribuinte, do devedor ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos respectivos negócios ou atividades. Art. 8º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir SPE, sob a forma de sociedade por ações, com a maioria absoluta do capital votante detida pelo Distrito Federal, vinculada à Secretaria de Estado de Fazenda, tendo por objeto a emissão de valores mobiliários ou outra forma de obtenção de recursos junto ao mercado de capitais, lastreada nos direitos creditórios a que se refere o art. 1º. Art. 9º Fica o Poder Executivo autorizado a proceder à abertura do capital social da SPE mencionada no art. 8º, de acordo com as normas estabelecidas pela Comissão de Valores Mobiliários, desde que mantida, em caráter incondicional, a maioria absoluta do respectivo capital votante. Art. 10. Não são considerados rompidos nem alterados os acordos de parcelamentos ou outros benefícios firmados nos termos da Lei Complementar nº 432, de 27 de

dezembro de 2001; da Lei nº 3.194, de 29 de setembro de 2003; da Lei nº 3.687, de 20 de outubro de 2005; da Lei Complementar nº 781, de 1º de outubro de 2008; da Lei Complementar nº 811, de 28 de julho de 2009; da Lei Complementar nº 833, de 27 de maio de 2011; da Lei nº 4.960, de 1º de novembro de 2012; da Lei nº 5.096, de 10 de abril de 2013; da Lei nº 5.211, de 6 de novembro de 2013; da Lei nº 5.365, de 3 de julho de 2014, e da Lei nº 5.463, de 16 de março de 2015, para liquidação das obrigações de origem tributária e não tributária de que trata o art. 1º. Art. 11. Para atender às despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar, fica o Poder Executivo autorizado a abrir crédito especial até o limite de R\$ 100.000,00 destinado à integralização do capital social da sociedade por ações mencionada no art. 8º. Parágrafo único. O valor do crédito especial a que se refere este artigo é coberto na forma prevista no art. 43, § 1º, da Lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Art. 12. Competem ao Banco de Brasília S/A - BRB a coordenação e a estruturação das operações de emissão de valores mobiliários ou outra forma de obtenção de recursos junto ao mercado de capitais a que se refere esta Lei Complementar. Art. 13. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.”]

Frise-se que, nos termos da ICVM 444/2006 (artigo 7º, § 9º), ao dispor sobre a constituição e o funcionamento dos FIDC-NP, mesmo nos fundos que realizarem aplicações em direitos creditórios cedidos ou originados por empresas controladas pelo poder público, deverá ser apresentada manifestação acerca da existência de compromisso financeiro que se caracterize como operação de crédito, para efeito do disposto na Lei Complementar 101/2000, devendo, em caso positivo, ser anexada a competente autorização do Ministério da Fazenda, nos termos do artigo 32 da referida lei complementar.

Pelos diversos motivos expostos anteriormente pelo Ministério Público de Contas, ainda que realizada em caráter definitivo e sem direito de regresso, a “*cessão dos créditos*” (cessão do fluxo financeiro), tal como concebida na operação ora em análise, não é uma alienação patrimonial, mas uma operação de crédito sujeita à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Resolução 43/2001, do Senado Federal.

VIII

No dia 2.2.2016, foi recebido em audiência, neste Gab. Proc-JMO, o sr. Diretor-Presidente da Companhia Fluminense de Securitização – CFSEC, Dr. Paulo Tafner, que discorreu sobre a modelagem atualmente em desenvolvimento no estado do Rio de Janeiro e, poucos dias depois, encaminhou a este gabinete, por *e-mail*, alguns documentos pertinentes ao modelo.

A Lei Estadual 7.040, de 9/7/2015, “*autoriza o estado a ceder, a título oneroso, direitos creditórios na forma que especifica, autoriza a criação de sociedade de propósito específico e dá outras providências*”, cabendo destacar os dispositivos que seguem (DOE/RJ de 10/7/2015):

“Art. 1º Fica o Estado do Rio de Janeiro autorizado a ceder, a título oneroso, direitos creditórios consistentes no fluxo financeiro decorrente da cobrança de créditos inadimplidos dos tributos administrados pela Secretaria de Estado de Fazenda e de créditos de qualquer natureza inscritos em dívida ativa.

§ 1º A cessão de que trata o *caput* poderá ser feita à sociedade de propósito específico a que se refere o art. 7º desta Lei, ou poderá ser feita com vistas à constituição de fundo de investimento em direitos creditórios, constituído de acordo com as normas da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º A cessão de que trata o *caput* poderá incluir o fluxo financeiro decorrente da cobrança de créditos que surjam após a vigência desta Lei.

§ 3º Na hipótese de cessão com vistas à constituição de fundo de investimento em direitos creditórios, este poderá ser instituído e administrado por agente financeiro do Tesouro.

§ 4º Para fins da cessão prevista no *caput* deste artigo, consideram-se créditos inadimplidos aqueles créditos definitivamente constituídos no âmbito da Secretaria de Estado de Fazenda, que não tenham sido pagos no prazo legal.

Art. 2º A cessão de que trata esta Lei não modificará a natureza dos créditos envolvidos, que manterão suas garantias e privilégios, nem alterará as condições de pagamento, critérios de atualização e data de vencimento.

§ 1º Nem a presente Lei nem as cessões por ela autorizadas alteram ou serão interpretadas de forma a alterar a competência constitucional exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado para a inscrição, administração e cobrança judicial e extrajudicial da dívida ativa do Estado, admitida a contratação de serviços de apoio, conforme previsto na Lei Estadual nº 5.351/09. § 2º Permanecem sob a exclusiva responsabilidade dos órgãos da administração direta e indireta do Estado do Rio de Janeiro todos os atos e procedimentos relacionados à administração, cobrança e reconhecimento de eventual extinção dos créditos de que trata esta Lei, incluindo a concessão de eventual moratória.

Art. 4º O cessionário não poderá efetuar nova cessão dos direitos cedidos na forma desta Lei, salvo com anuência expressa do Estado.

Art. 5º A cessão de que trata a presente Lei não incluirá a parcela destinada aos Municípios, nos termos do disposto nos incisos III e IV do art. 158 da Constituição Federal. Parágrafo único. Os Municípios continuarão a receber os recursos de que trata o *caput* deste artigo nos prazos e percentuais previstos na legislação de regência, no momento da concretização dos respectivos pagamentos pelos contribuintes, o mesmo ocorrendo em relação às demais receitas vinculadas, em conformidade com as disposições da Constituição Federal e da Constituição do Estado.

Art. 6º Qualquer cessão autorizada por esta Lei será objeto de instrumento específico, com identificação dos créditos cujo fluxo financeiro estará incluído.

§ 1º A cessão se fará em caráter definitivo, sem assunção, pelo Estado, perante o cessionário, de qualquer responsabilidade pelo efetivo pagamento a cargo do contribuinte ou de qualquer outra espécie de compromisso financeiro que possa, nos termos da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000, caracterizar operação de crédito. § 2º Fica proibida a vinculação de receitas de impostos ou dívida ativa de impostos a Fundo Especial destinado a posterior securitização (Fundo de Investimento em Direitos Creditórios - FIDC), em observância ao princípio da não vinculação de impostos. Art. 7º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir Sociedade de Propósito Específico (SPE), sob a forma de sociedade por ações, com a maioria absoluta do capital votante detida pelo Estado, vinculada à Secretaria de Estado de Fazenda, tendo por objeto social a estruturação e implementação de operações que envolvam a emissão e distribuição de valores mobiliários ou outra forma de obtenção de recursos junto ao mercado de capitais, lastreadas nos direitos creditórios consistentes no fluxo financeiro decorrente da cobrança de créditos inadimplidos, dos tributos administrados pela Secretaria de Estado de Fazenda e de créditos de qualquer natureza inscritos em dívida ativa, na forma do artigo 1º desta lei.

§ 1º A sociedade a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser contratada por Municípios do Estado do Rio de Janeiro para estruturar e implementar operações de interesse dos municípios, ficando autorizada a, nestes casos, firmar instrumentos de cessão de direitos creditórios com os municípios, observada a legislação local.

§ 2º A Sociedade de Propósito Específico – SPE a que se refere o *caput* deste artigo não poderá receber do Estado recursos financeiros para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, a fim de não se caracterizar como empresa dependente do Tesouro, nos termos da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000.

(...)

Art. 8º Fica o Poder Executivo autorizado a proceder à abertura do capital social da sociedade de propósito específico mencionada no art. 6º desta Lei, de acordo com as normas estabelecidas pela

Comissão de Valores Mobiliários, desde que mantida, em caráter incondicional, a maioria absoluta do respectivo capital votante.

Art. 9º Para atender às despesas decorrentes da execução desta Lei, fica o Poder Executivo autorizado a abrir crédito especial, até o limite de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), destinados à integralização do capital social da sociedade por ações mencionada no art. 7º desta Lei.

Parágrafo único. O valor do crédito especial a que se refere este artigo será coberto na forma prevista no § 1º do artigo 43 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Art. 10. O Estado deverá preservar, durante os procedimentos relativos à formalização da cessão prevista no Artigo 1º desta Lei, o sigilo quanto às informações referentes a identificação do contribuinte, a sua situação econômica e financeira e sobre a natureza e o *status* dos respectivos negócios ou atividades, nos termos do artigo 198 do Código Tributário Nacional - CTN.

Art. 11. O Poder Executivo encaminhará à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ -, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da publicação desta Lei, relatório consubstanciado contendo as informações relativas aos valores a serem arrecadados pelo Estado com a presente operação de direitos creditórios. Art. 12. A Sociedade de Propósito Específico - SPE enviará à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ, semestralmente, relatórios dos resultados obtidos. Art. 15. Fica o Poder Executivo obrigado a incluir na Lei Orçamentária Anual - LOA os recursos advindos da cessão dos direitos creditórios, através de rubrica própria para esta fonte de recursos.

Art. 16. Todos os procedimentos expressos na presente Lei serão fiscalizados pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE/RJ.”

Assim como nos demais casos objeto de análise no presente parecer, no âmbito do estado do Rio de Janeiro, a concepção legal da operação de “cessão dos direitos creditórios” (na verdade, cessão do fluxo financeiro decorrente da cobrança de créditos inadimplidos dos tributos administrados pela Secretaria de Estado de Fazenda e de créditos de qualquer natureza inscritos em dívida ativa) evidencia tratar-se de nítida operação de crédito.

Isso porque, como detalhadamente abordado em tópicos anteriores desta manifestação, o desenho normativo deixa claro:

1 - não se tratar de **alienação** de ativo. Veja-se, neste sentido, por exemplo, que:

a) mantém-se incólume a competência constitucional exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado para a inscrição, administração e cobrança judicial e extrajudicial da dívida ativa do Estado, assim como a exclusiva responsabilidade dos órgãos da administração direta e indireta do Estado do Rio de Janeiro no que se refere a todos os atos e procedimentos relacionados à administração, cobrança e reconhecimento de eventual extinção dos créditos de que a lei, incluindo a concessão de eventual moratória (artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei Estadual 7.040/2015);

b) o cessionário não poderá efetuar nova cessão dos direitos cedidos, salvo com anuência expressa do Estado (artigo 4º da Lei Estadual 7.040/2015);

2 - existir o compromisso financeiro de que trata o artigo 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal, considerando a obrigação de o estado do Rio de Janeiro entregar o fluxo de caixa decorrente do adimplemento de seus créditos, consoante os termos legais e a estrutura da operação, a saber:

Como se vê, seguindo o norte da lei estadual, a operação programada prevê a emissão de debêntures (“com garantia real”), “Série Senior para mercado” e “Série Subordinada para Tesouro, Rio Previdência ou Fundo Garantidor de PPP”.

Trata-se, portanto, de desenho que apresenta em sua essência a mesma estrutura adotada pelos entes que optaram por criar uma empresa pública emissora de debêntures lastreadas em créditos tributários, por meio da qual o ente federado obtém do mercado uma antecipação de receitas que serão auferidas somente no futuro e que, quando o forem, serão destinadas ao pagamento dos credores, numa nítida e

clara, ao ver do Ministério Público de Contas, operação de crédito, conforme o conceito amplo adotado no artigo 29, III, da LRF.

IX

Senhor Relator, cuida-se de processo importantíssimo e paradigmático.

O Congresso Nacional, como parte do esforço nacional de estabilização da economia desenvolvido nos governos dos Presidentes Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, outorgou à nação brasileira um notável pilar de sustentação da saúde econômico-fiscal do Estado brasileiro, em suas três esferas de poder – federal, estadual e municipal – pondo fim à prática, então corrente, de indisciplina e irresponsabilidade fiscal, por meio da qual se comprometia, sem limites ou balizas, o futuro das finanças públicas dos entes governamentais para satisfação imediata de projetos de poder, com reflexos negativos para toda a economia nacional, açoitada por elevada inflação e desarranjo das cadeias produtivas.

Esse mesmo Congresso Nacional erigiu o Tribunal de Contas da União como o verdadeiro guardião-mor da Lei de Responsabilidade Fiscal, cumprindo-lhe acompanhar minudentemente a gestão fiscal dos órgãos dos três poderes da União e servir de farol e modelo para o acompanhamento feito pelos demais tribunais de contas do país, de âmbito estadual ou municipal.

O entendimento que esta Corte de Contas vier a dar aos casos concretos ora em análise repercutirá em um sem número de outras situações e operações financeiras semelhantes, algumas já em curso e de grande vulto, como as realizadas pelo estado de São Paulo e pelo município de São Paulo com instituições bancárias privadas. Há um sem número de outras operações semelhantes sendo demandadas por estados e municípios brasileiros junto ao Banco do Brasil, que aguarda a sinalização deste Tribunal de Contas para dar-lhes seguimento, observando ou não, conforme decidir o TCU, os ritos e requisitos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Aliás, registre-se e louve-se a prudência do Banco do Brasil neste tema. Primeiro, por haver submetido previamente a operação de Belo Horizonte aos órgãos do Ministério da Fazenda, e, segundo, por haver suspenso o desenrolar daquela operação em seus estágios iniciais, quando ciente da existência do presente processo.

Essa prudência do Banco do Brasil, louvável e necessária, é já um sinal claro e eloquente de que a questão suscitou naquela centenária instituição financeira fundada dúvida quanto à qualificação econômico-jurídica da operação estruturada para o município de Belo Horizonte.

Essa mesma prudência deve presidir o exame dos casos concretos. Em sede de finanças públicas e de responsabilidade fiscal, não há lugar para aventuras e experimentações tendentes a flexibilizar os controles, freios e limites estabelecidos pela LRF para o endividamento dos entes governamentais, sob pena de se por em risco a inestimável conquista do povo brasileiro da estabilização econômica e fiscal do Brasil.

Os princípios que regem a Lei de Responsabilidade Fiscal são todos convergentes e tendentes a que se disciplinem e se limitem os meios e modos de comprometimento de receitas públicas futuras para satisfação de necessidades ou vontades políticas presentes.

À luz desses princípios, especialmente do princípio da prudência, é que o TCU deve decidir se as operações discutidas nestes autos devem ou não estar submetidas aos ritos e aos requisitos estabelecidos pela Lei Complementar 101/2000.

O Ministério Público de Contas insiste, na mesma linha de raciocínio da unidade técnica e de pareceres técnicos e jurídicos no âmbito da CVM, que as operações de FIDC e a emissão de debêntures envolvendo créditos públicos geram uma obrigação para o ente federado (compromisso financeiro) junto ao fundo ou sociedade correspondente, devendo ser contabilizadas como operações de crédito e estando sujeitas, portanto, aos controles previstos na LRF.

O comprometimento futuro de recursos orçamentários é evidente, ante a apropriação de receita futura obtida mediante a intermediação dos FIDCs, vale dizer, troca de recebível futuro por recebível à vista.

Os fatos geradores dos direitos creditórios ocorreram no passado; é verdade. Os valores devidos não foram recolhidos na época própria, daí a existência da dívida dos contribuintes, decorrente de sua inadimplência.

Existe, pois, a legítima EXPECTATIVA de receita por parte do ente federado, porém, sem data marcada e sem a certeza do pagamento por parte dos devedores.

Ainda que, em transações do gênero, o risco de inadimplência, por vezes, não seja expressamente transferido aos estados e aos municípios, mediante cláusulas de coobrigação, o compromisso financeiro existe e se manifesta, entre outros aspectos, quando estes assumem a obrigação de entregar ao fundo os valores que venham a arrecadar, qualquer que seja o valor arrecadado (peça 1, item 56).

Para ilustrar, lembremos que, no caso de BH, a obtenção dos R\$ 100 milhões (“Preço de Cessão”, peça 11, p. 33, item 4) não derivaria da alienação da “dívida ativa tributária”, mas, sim, da alienação das 100 cotas que, em contrapartida à assunção de um compromisso financeiro por parte do município junto ao FIDC-NP BH, a ele foram entregues e que, desta forma, poderiam ser alienadas, posteriormente, no mercado secundário (peças 3, pp. 42/3, item 92, e 8, item 281).

Isso porque, como regra geral em negócios da mesma natureza, o ente federado promete entregar, no futuro, o produto do adimplemento da dívida, 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 (cota) com promessa de pagamento futuro (peças 8, p. 21, item 132, e 28, item 27).

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).

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 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.

Para a LRF, o que importa é a essência da troca financeira intertemporal, não a possível modelagem jurídica da operação. A modelagem jurídica pode ser esta ou aquela, conforme o que seja melhor para a realização bem sucedida da operação, mas nunca para evitar os ritos e requisitos da LRF.

Na boa doutrina de Kiyoshi Harada, bem lembrada pela unidade técnica, não se pode nem se deve confundir a facilidade, a flexibilidade e a liberdade ampla do setor privado com os rígidos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade e da publicidade, que regem a Administração Pública. “*Claro está que eventuais dificuldades impostas ao setor público decorrem da necessidade de proteger a sociedade contra o arbítrio dos governantes*” (peça 1, item 2).

Vale repisar os bons fundamentos sobre o tema: a LRF requer gestão fiscal responsável, que pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio **atual e futuro** das contas públicas.

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*”.

Nas operações em tela, o tratamento jurídico que se pretendeu criar baseou-se na venda da essência de um ativo (seus benefícios econômicos potenciais) com a permanência da titularidade sobre o seu “corpo” desprovido de sua “alma”. Contudo, não se pode alienar, por exemplo, o direito ao fluxo de caixa decorrente do recebimento de um cheque sem se alienar a titularidade do direito de recebimento do cheque. As duas coisas, na verdade, são a mesma coisa. O direito ao recebimento do cheque é o mesmo que o direito ao fluxo de caixa decorrente de seu recebimento. Essa distinção que se pretende criar com os créditos da fazenda pública é vazia de significado econômico real.

O mesmo já não ocorre com os imóveis, que têm toda uma disciplina especial em nosso Direito, especialmente no Código Civil. O exemplo trazido no parecer da PGFN sobre imóveis faz todo o sentido e é perfeito para ... imóveis. A cisão entre direito de propriedade, direito de superfície, posse, enfiteuse e outros tantos criados para atender às necessidades de exploração econômica dos bens imóveis faz sentido lógico, econômico e jurídico exatamente porque tal cisão não esvazia o conteúdo econômico do direito de propriedade remanescente. Realmente, no exemplo dado pela PGFN, o direito de propriedade e o de superfície têm valor econômico distinto para pessoas distintas. Isso não ocorre com o direito ao crédito e o direito ao fluxo de caixa decorrente do crédito. A se admitir que possa existir o segundo, o primeiro resta esvaziado, exatamente porque se trata ontologicamente não de duas coisas, mas da única e mesma coisa.

Por pertinente, merece destaque o seguinte registro da Semag (peça 124):

“101. (...) traz-se ao conhecimento deste Tribunal o Parecer/PGFN/CDA 1505/2015, de 27/10/2015 (peça 121), que trata da análise do Projeto de Lei Complementar 181/2015 e do Projeto de Lei 3.777/2015. O primeiro visa a alterar o Código Tributário Nacional para permitir a cessão de créditos tributários da dívida ativa consolidada da União, estados, Distrito Federal e municípios a pessoas jurídicas de direito privado, enquanto o segundo visa a disciplinar a forma como se daria a cessão no âmbito da União, que seria por licitação na modalidade leilão.

102. Ressalte-se que ambos os projetos foram rejeitados pela PGFN. Dentre os diversos motivos que redundaram na rejeição dos referidos projetos, cabe mencionar a afronta aos arts. 157, 158, 159, 167, inciso IV, e 212 da Constituição Federal, que tratam das chamadas repartições e vinculações das receitas tributárias, bem como a infração às normas dispostas no *caput* e § 3º do art. 131 da Carta Magna, que atribuem à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a prerrogativa de cobrança de créditos inscritos em dívida ativa da União.”

Em recente deliberação, conforme noticiado pela imprensa, em 21/1/2016, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP “*determinou a suspensão do edital que previa a contratação de empresa para a securitização (venda) da dívida ativa do Departamento de Água e Esgotos de Ribeirão Preto (Daerp). A abertura da licitação estava prevista para o dia 26, terça-feira*” [footnoteRef:42]: [42: <https://www4.tce.sp.gov.br/6524-revidecom-tribunal-de-contas-barra-securitizacao-de-divida-do-daerp>.]

“A suspensão ocorreu em função de representação dos vereadores Paulo Modas (Pros), Ricardo Silva (PDT) e Rodrigo Simões (PP). Os vereadores questionaram o edital apontando vício de inconstitucionalidade em suas regras, prevendo que a antecipação de valores pode prejudicar o caixa de administrações futuras, tendo em vista que 100% dos ativos serão envolvidos na operação.”

A acentuada resistência dos entes federados em remeter a matéria à prévia autorização do Ministério da Fazenda, a quem cabe verificar o cumprimento dos limites e das condições relativos ao endividamento de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente (artigo 32 da LRF), faz crescer, no seio do Ministério Público de Contas e de toda a sociedade, o temor de que a gestão fiscal destes entes não seja suficientemente adequada, consciente, prudente, zelosa, enfim, responsável.

As operações não são em si mesmas ilegais, apenas precisam observar os ritos e requisitos estabelecidos na LRF. Por qual razão há tanta resistência a isso? Por que motivo os entes federados não querem se submeter a essa disciplina fiscal?

É certo que o país passa por grave recessão e que praticamente todos os entes federados enfrentam queda de arrecadação e dificuldades de caixa para fazer face aos seus inúmeros compromissos. Isso não autoriza que seus governantes possam ignorar as exigências da LRF, feitas justamente para impedir que, no afã de aliviar difíceis situações presentes, os governantes possam criar situações futuras ainda mais graves e difíceis, que recairão na gestão de outros governantes. Isso seria o que se chama de irresponsabilidade fiscal.

A LRF já oferece os remédios corretos para lidar com quadros de insuficiência de arrecadação. São remédios amargos e impopulares, mas que são os corretos justamente porque resolvem a situação presente com os meios disponíveis no presente, sem agravar a situação para o futuro, sem comprometer a possibilidade de gestões equilibradas no futuro.

A saída para a crise fiscal da União, dos estados e municípios não passa pela flexibilização da LRF. Ao contrário, é preciso fortalecê-la para que a saída da crise se faça por caminhos conducentes ao equilíbrio fiscal.

A intenção do Ministério Público de Contas, e não poderia ser diferente, é contribuir para o efetivo respeito à lei, de modo que haja limites apropriados aos gastos públicos, objetivando a saúde financeira das unidades federadas e o não endividamento desmedido.

A gestão fiscal responsável das finanças públicas é requisito necessário para o fortalecimento das condições essenciais à estabilidade dos preços e ao crescimento econômico sustentável, com vistas à geração de emprego e renda e à promoção do bem-estar social.

X

Por todo o exposto, o Ministério Público de Contas, louvando as minuciosas e competentes intervenções da Semag no presente feito, manifesta-se parcialmente de acordo com a proposta à peça 126, no sentido de que o Tribunal de Contas da União:

I – firme o entendimento de que:

- a) em se tratando de operação de crédito mediante securitização de receita de ente público, o conceito de compromisso financeiro positivado no artigo 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) 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;
- b) a cessão a um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios – FIDC do fluxo de caixa decorrente do produto do adimplemento dos créditos inscritos em Dívida Ativa enquadra-se no conceito de operação de crédito estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, e não no conceito de alienação de ativos;
- c) a emissão de valores mobiliários representativos de dívida realizada por sociedades controladas direta ou indiretamente por estados, municípios e pelo Distrito Federal e a transferência de direitos creditórios inscritos em dívida ativa do ente federado para tais sociedades enquadram-se no conceito de operação de crédito insculpido no artigo 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- d) a antecipação de recursos (obtenção de receita no presente) 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, nos termos do artigo 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- e) o amplo conceito de operação de crédito adotado no artigo 29, III, da LRF não pode ser objeto de restrição, limitação ou interpretação por meio de qualquer instrumento normativo que não tenha estatura de lei complementar;

f) o emprego da expressão “*qualquer outra espécie de compromisso financeiro*”, prevista na nova redação dada pela Resolução SF 17/2015 ao artigo 5º, inciso VII, alínea “b”, da Resolução SF 43/2001 veda, a partir da data da publicação da mencionada Resolução 17/2015 (DOU de 12/11/2015), a constituição de fundos assemelhados ao FIDC-NP BH, ao FIDC-NP Nova Iguaçu e ao Fedat/DF, entre outros, por caracterizarem a operação de crédito prevista no artigo 29, inciso III, da Lei Complementar 101/2000;

II - defira o pedido de habilitação do município de São Paulo/SP para atuar como interessado nos presentes autos, nos termos do artigo 146 do Regimento Interno/TCU;

III - reconheça a natureza de operação de crédito das cessões, a título oneroso, dos direitos creditórios de que tratam a Lei Municipal 7.932/1999 (BH), a Lei Municipal 4.622/2013 (Nova Iguaçu/RJ), a Lei Distrital 5.424/2014 (DF), a Lei Municipal 15.969/2014 (SP), a Lei Estadual 18.873/2015 (GO), a Lei Estadual 7.040/2015 (RJ) e a Lei Complementar Distrital 897/2015 (DF);

IV - determine ao Banco Central do Brasil que:

IV.1) no prazo de 30 dias, comunique às instituições financeiras o teor dos entendimentos ora explicitados;

IV.2) no prazo de 60 dias, informe ao TCU as providências adotadas em cumprimento à determinação *supra*;

V - dê ciência ao Senado Federal, ao Ministério da Fazenda, ao Banco do Brasil e ao município de Belo Horizonte/MG de que, por intermédio da integralização das cotas do FIDC-NP BH por parte do município de Belo Horizonte/MG, aperfeiçoou-se a contratação de uma operação de crédito, devendo ser tomadas as providências para atendimento do disposto no artigo 33 da Lei Complementar 101/2000;

VI - dê ciência ao município de Nova Iguaçu/RJ e à NSG Capital Serviços Financeiros DTVM S/A de que a operação que se realizaria no âmbito do FIDC-NP Nova Iguaçu, envolvendo direitos creditórios do Município de Nova Iguaçu/RJ, ainda que com a exclusão da Cláusula 11.7.1 da razão de garantia, caracteriza-se como operação de crédito, devendo submeter-se aos controles previstos no artigo 32 da Lei Complementar 101/2000;

VII - dê ciência ao Distrito Federal de que eventuais operações de securitização que pudessem ter ocorrido no âmbito do Fedat/DF e envolvessem créditos inscritos em dívida ativa deveriam ser submetidas aos controles previstos no artigo 32 da Lei Complementar 101/2000;

VIII - determine ao Ministério da Fazenda, com fulcro no artigo 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, que oriente os órgãos integrantes de sua estrutura para que comuniquem imediatamente ao Senado Federal, conforme determina o § 2º do artigo 24 da Resolução SF 43/2001, a existência de eventual irregularidade em processo de contratação da operação de crédito;

IX – determine à Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do artigo 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que:

a) adote mecanismos de controle de forma a identificar quais Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDCs) possuem créditos públicos em sua constituição no momento de seu registro e quais poderão adquiri-los no decorrer de sua vigência, permitindo que a identificação desses fundos possa ser realizada, inclusive, mediante consulta ao *site* da CVM na Internet (<http://cvmweb.cvm.gov.br/>) – (item 14.3, peça 44 do TC-043.416/2012-8);

b) inclua, em todos os processos de FIDCs envolvendo créditos públicos encaminhados à CVM para registro, manifestação da Procuradoria Especializada da CVM acerca da existência ou não de elementos que caracterizem essas transações como operações de crédito (item 12.12, peça 44 do TC-043.416/2012-8);

X – encaminhe cópia da íntegra da deliberação que sobrevier ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, a título de subsídio à instrução do Procedimento

Administrativo MPF/PR/RJ 1.16.000.004833/2014-38, instaurado com vistas a apurar possíveis irregularidades, por parte da CVM, na análise dos processos de securitização e derivativos financeiros referentes a estados e municípios, consoante solicitação de que trata o Ofício PR/RJ/CG 12537/2015 (peça 1 do TC-024.270/2015-6);

XI - encaminhe cópia da deliberação que sobrevier:

a) aos Tribunais de Contas dos Estados de Minas Gerais, de Goiás e do Rio de Janeiro, bem como ao Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios e ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo/SP, e aos respectivos Ministérios Públicos de Contas, para ciência dos aspectos evidenciados nesta Representação;

b) ao Ministério Público da União, ao Ministério Público dos estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo e Goiás, assim como ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios,

c) ao Presidente do Senado Federal, ao Ministro da Fazenda, ao Presidente do Banco Central do Brasil, ao Secretário do Tesouro Nacional, ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, ao Presidente do Banco do Brasil, ao Conselho de Administração do Banco do Brasil, ao Conselho Fiscal do Banco do Brasil, ao Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União, ao Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ao Presidente da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal e ao Presidente da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

3. Após a emissão do parecer supratranscrito, sobreveio nova solicitação da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, veiculada no Ofício PR/RJ/GAB/MC/Nº 2.865/2016, de 3/3/2016 (autuada no TC 007.530/2016-1), também alusiva ao Procedimento Administrativo MPF/PR/RJ Nº 1.16.000.004833/2014-38 (TC-024.270/2015-6 – apensado a este processo).

4. Na solicitação em tela, a Procuradora da República Maria Cristina Manella Cordeiro indaga deste Tribunal “se a medida cautelar proposta pelo Ministério Público junto ao TCU, referente à securitização de dívida ativa do Estado de Goiás (peça, 105 do TC nº 016.585/2009-0) já foi apreciada pelo Tribunal, tendo em vista que a operação ali tratada assemelha-se ao caso que deu origem ao procedimento administrativo em epígrafe, o qual fora analisado pela CVM no MEMO/SRE/GER-2/Nº 023/2011, no bojo processo CVM nº RJ 2010/17288 1 (já encaminhado a esta Unidade Técnica por meio do Ofício PR/RJ/CG/Nº 12537/2015)”.

5. A resposta foi encaminhada à ilustre solicitante por meio de mensagem de correio eletrônico, em 29/03/2016 (peças 136-7).

6. Com o fito de colher informações subsidiárias à elaboração de meu voto, diligenciei à Presidência da Comissão de Valores Mobiliários para que informasse a este Tribunal “quais os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDCs) criados no interesse de estados ou municípios, nos moldes do objeto tratado no processo TC 043.416/2012-8 (FIDC-NP de Nova Iguaçu-RJ; relator original: Min. Bruno Dantas; apensado ao TC 016.585/2009-0), a partir de 20/7/2009” (Ofício 11/2016-TCU/GAB-MIN RC, de 14/03/2016; peça 135).

7. Embora a CVM não tenha logrado atender à diligência tempestivamente, decidi pautar o processo, tendo em vista a urgência da matéria e a natureza apenas subsidiária da informação requerida, cuja ausência, nos autos, não prejudica a formação do juízo de mérito sobre a representação.

É o Relatório.

Voto

Trago ao descortino deste Plenário representação formulada pela Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) desta Corte de Contas, aditada pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, do Ministério Público junto a este Tribunal, em que se questiona a natureza jurídica das operações realizadas por alguns entes da federação para captar recursos financeiros junto ao mercado, mediante a cessão de direitos creditórios lastreados na receita futura de títulos das respectivas dívidas ativas decorrentes de

créditos tributários vencidos e não pagos, realizadas por meio de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados (FIDC-NP).

2. A relatoria do processo coube originalmente ao Ministro Walton Alencar Rodrigues, que, nos termos do parágrafo único do artigo 135 do Código de Processo Civil c/c art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, declarou sua suspeição (peça 54). Assim, mediante o termo de sorteio à peça 57, fui designado para relatar o feito.

3. Embora a representação original tratasse apenas do FIDC-NP vinculado ao Município de Belo Horizonte, seu escopo foi ampliado pelas informações complementares trazidas pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira (peça 58), suscitando impropriedades de igual natureza em fundo similar instituído no âmbito do Distrito Federal - Fundo Especial da Dívida Ativa do Distrito Federal (FEDAT – DF).

4. Também em face da conexão de matérias, foi decidido pelo Plenário, consoante proposta do Ministro Bruno Dantas, o apensamento aos presentes autos do TC 043.416/2012-8 (Relator original: Ministro Valmir Campelo, sucedido pelo Ministro Bruno Dantas), alusivo a outra representação formulada pela Semag com questionamentos da mesma espécie sobre o FIDC-NP-NI, criado no interesse do Município de Nova Iguaçu-RJ (peça 65 do TC 043.416/2012-8).

5. A irregularidade central alegada em todas as representações é que a implementação dos fundos sob análise não foi submetida à apreciação prévia do Ministério da Fazenda, em desacordo com o exigido pelo art. 32 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), porquanto a antecipação do recebimento de recursos de dívida ativa realizada por meio dos FIDCs ora analisados caracterizaria “operação de crédito”, na forma definida pelo inciso III do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal, interpretação esta que não estaria sendo abraçada pelos respectivos entes federativos interessados.

6. Assim, esses são os dispositivos da LRF mais relevantes ao caso:

Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente.

§ 1º O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições: (...)

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. (Grifei).

7. Antes do apensamento do TC 043.416/2012-8 à presente representação, foram expedidas duas medidas cautelares, dirigidas à Comissão de Valores Imobiliários, nos seguintes termos:

- TC 043.416/2012-8 (expedida pelo Ministro Bruno Dantas, em 25/11/2014; peça 47 do referido processo):

determinar à Comissão de Valores Mobiliários que suspenda o registro do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu, bem como o registro de qualquer fundo que tenha em sua constituição direitos creditórios que se enquadrem na hipótese prevista no art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução-CVM 444/2006, caracterizados como operações de crédito pela análise da CVM, e que não contenham autorização expressa do Ministério da Fazenda, emitida nos termos do art. 32 da LRF, até que esta Corte delibere sobre o mérito desta representação;

- TC 016.585/2009-0 (cautelar expedida por este relator, em 11/12/2014; peça 62):

determinar cautelarmente à Comissão de Valores Mobiliários que não proceda, ou suspenda, caso já tenha sido realizado, o registro do Fundo Especial da Dívida Ativa do Distrito Federal- FEDAT-DF, até que esta Corte delibere sobre o mérito desta representação.

II

8. Em face da complexidade da matéria, fiz disponibilizar aos meus pares as minutas de Relatório, Voto e Acórdão com antecedência superior à estipulada em nossas normas regimentais.

9. Não obstante, ao submeter o feito à apreciação do Colegiado, o Ministro José Múcio Monteiro, ainda na fase de discussão, propôs, nos termos do art. 113, I do Regimento Interno deste Tribunal, previamente à apreciação de mérito, promover-se a oitiva da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, para que, assim desejando, manifeste-se acerca da presente representação, consoante o Relatório que integra este Acórdão, especialmente no que tange à parte dispositiva da Resolução SF 43/2001, com redação dada pela Resolução SF 17/2015, em face dos objetivos declarados no Parecer CAE 1019, de 2015, relativo ao PRS 50/2015, que fundamentou a referida norma de alteração.

10. Tal proposta foi reforçada pelos Ministro Vital do Rêgo e pelo Ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

11. A questão incidental foi submetida à deliberação do Colegiado, que acolheu, por unanimidade dos Ministros votantes, os termos propostos pelo Ministro José Múcio Monteiro.

12. Restou decidido, também, a fixação de prazo não superior a 30 (trinta) dias para o atendimento à oitiva.

13. A par disso, observo que a medida ora aprovada não afeta o atendimento do pleito de informações sobre o estado atual deste processo formulado pela Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, para fins de subsídio ao Procedimento Administrativo MPF/PR/RJ 1.16.000.004833/2014-38, nos termos solicitados no Ofício PR/RJ/CG nº 12537, de 27/08/2015, e no Ofício PR/RJ/GAB/MC nº 2.865/2016, de 3/3/2016.

Do exposto, VOTO por que seja aprovado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de abril de 2016.

RAIMUNDO CARREIRO

Relator

<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1658520090.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOI NT%2520desc/false/1/false>