

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 consulente 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 concluiu 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 legítima - 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 n° 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. 1°, § 1°, 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 PMSF”;

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 contêm 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/PGF/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, divirjo 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 FMSA, 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/SHStiN>.

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 GOIÁS PARCERIAS, 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, 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 n° 400/2003 ou na Instrução CVM n° 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

Índice

Número interno do documento

Número do Acórdão

Ano do Acórdão

Colegiado

Processo

Tipo do processo

Interessado

Relator

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 Catil 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

relator
Representante do Ministério Público
Unidade técnica
Representante Legal
Assunto
Sumário
Acórdão
Quórum
Relatório
Voto
Data da sessão
Ata

Índice
Número interno do documento
Número do Acórdão
Ano do Acórdão
Colegiado
Processo
Tipo do processo
Interessado
Relator