

**ANEXO II DA ATA Nº 48, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2014
(Sessão Ordinária do Plenário)**

MEDIDA CAUTELAR

Comunicação sobre despacho exarado pelo Ministro Bruno Dantas.

COMUNICAÇÃO DO MINISTRO BRUNO DANTAS

MEDIDA CAUTELAR

Sr. Presidente,
Srs. Ministros,
Sr. Procurador-Geral,

Na forma do art. 276, § 1º, do Regimento Interno, submeto ao Plenário medida cautelar por mim adotada no dia 25 de novembro, nos autos do TC-043.416/2012-8, em representação de iniciativa da Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) com o objetivo de avaliar os procedimentos adotados para o registro e acompanhamento dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC).

A principal controvérsia suscitada consiste em averiguar se a transferência de direitos creditórios inscritos em dívida ativa do ente federado cedente para o FIDC enquadra-se ou não no conceito de operação de crédito insculpido na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O *fumus boni iuris* é perceptível ante a probabilidade de que a constituição do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu (e de outros fundos envolvendo créditos públicos), sem a apresentação da autorização do Ministério da Fazenda exigida no art. 32 da LRF, possa violar legislação acerca da matéria.

Por sua vez, o *periculum in mora* traduz-se no risco de que, caso não seja melhor avaliada a decisão da Secretaria do Tesouro Nacional - STN pela não caracterização de operação de crédito no caso, ocorra prejuízo ao interesse público ou à eficácia da futura decisão de mérito, tendo em vista a iminência de registro do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu na Comissão de Valores Mobiliários - CVM e seu potencial efeito multiplicador, com eventual comprometimento da receita de outros entes da Federação que porventura venham a transferir créditos públicos para FIDC com estrutura semelhante e que se caracterizem como operações de crédito, com violação à LRF.

A medida cautelar por mim adotada consiste em determinar à Comissão de Valores Mobiliários que suspenda o registro do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu, bem como o registro de qualquer fundo que tenha em sua constituição direitos creditórios que se enquadrem na hipótese prevista no art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução-CVM 444/2006, caracterizados como operações de crédito pela análise da CVM, e que não contenham autorização expressa do Ministério da Fazenda, emitida nos termos do art. 32 da LRF, até que esta Corte delibere sobre o mérito desta representação.

A situação fática e os fundamentos que embasam a referida cautelar estão detalhados no despacho que fiz distribuir previamente a Vossas Excelências e que acompanha esta comunicação.

Essa é a matéria que trago à consideração do Plenário, Senhor Presidente.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de dezembro de 2014.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

TC 043.416/2012-8

Natureza: Representação

Unidades Jurisdicionadas: Comissão de Valores Mobiliários; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; Secretaria do Tesouro Nacional

Interessados: Município de Nova Iguaçu; NSG Capital Serviços Financeiros DTVM S/A

DECISÃO

Cuidam os autos de representação de iniciativa da Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) com o objetivo de avaliar de forma ampla e abrangente os procedimentos adotados para o registro e acompanhamento dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC), que envolvam direitos creditórios de entes da Federação, bem como de entidades da administração direta e indireta.

2.Com fundamento no art. 237, inciso VI, do RI/TCU, o então Relator, Min. Valmir Campelo, conheceu da presente representação e autorizou “*a realização de inspeção, para os fins alvitados pela unidade técnica em sua instrução constante da peça 1, bem como as diligências que o caso requer*” (peça 3). Ressalto que a competência para atuação deste Tribunal na presente demanda encontra-se estabelecida no art. 59, inciso II, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), c/c arts. 1º, inciso XIII, e 258, inciso I, do RI/TCU.

3.Após a adoção de medidas saneadoras e de reunião entre os técnicos da Semag e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a unidade técnica retorna os autos com nova instrução (peça 44).

4.No tocante aos procedimentos para constituição de FIDC, a principal controvérsia suscitada pela unidade técnica consiste em averiguar se a transferência de direitos creditórios inscritos em dívida ativa do ente federado cedente para o FIDC enquadra-se ou não no conceito de operação de crédito insculpido na LRF.

5.A polêmica ganha relevo, neste momento, em função dos recentes andamentos havidos no processo RJ-2013-9752, no âmbito da CVM, abrangido no escopo desta representação, que trata da análise de informações para constituição do FIDC não padronizado (NP) da dívida ativa do município de Nova Iguaçu (peças 27-29).

6.No bojo do supracitado processo, a Procuradoria Federal Especializada junto à CVM emitiu o parecer PFE-CVM/PGF/AGU 27/2014 concluindo ser “*aplicável ao FIDC-NP Nova Iguaçu a exigência, constante do § 9º do art. 7º da Instrução CVM n.º 444/06, de apresentação de autorização do Ministério da Fazenda nos termos do art. 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00)*”, por se tratar de operação de crédito em que há compromisso financeiro (peça 29, p. 86-95).

7.Na sequência, o município de Nova Iguaçu (peça 41) formulou consulta à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que, a seu turno, encaminhou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por intermédio da nota técnica 148/2014-COPEM/SURIN/STN/MF-DF, perguntas sobre o conceito de operação de crédito da LRF.

8.Em resposta à consulta da STN, o órgão de advocacia fazendária emitiu o parecer PGFN/CAF 1.579/2014 (peça 42). Por elucidativo e absolutamente pertinente, resumo seus principais argumentos:

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

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

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

9.Ao fim, o parecer PGFN/CAF 1.579/2014 responde a consulta da seguinte forma:

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

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

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

10.Ato contínuo, consta nos autos correspondência da administradora NSG Capital Serviços Financeiros DTVM S/A para a CVM (peça 43), na qual afirma que a STN, por meio do ofício 4.127/2014-COPEM/SURIN/STN/MF-DF (não acostado aos autos), teria enviado resposta ao município de Nova Iguaçu manifestando-se “*pela não caracterização de operação de crédito no caso, afastando assim a exigência de obtenção de qualquer autorização do Ministério da Fazenda para a estruturação e funcionamento do Fundo*”.

11.Enfim, a autarquia especial, por meio do ofício CVM/PTE 172/2014 (peça 40), em que pese reforçar “*o entendimento preliminar de que as operações contratadas implicavam na assunção de compromisso financeiro, enquadrando-se, portanto, no conceito de operação de crédito previsto no art. 29, inciso III, da LRF*”, informou que “*a apresentação da manifestação do Ministério da Fazenda (art. 7º, § 9º), pelos seus efeitos práticos, atinge o objetivo visado pelo referido dispositivo legal*”, depreendendo-se a iminência de registro do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu.

12.Na essência, a Semag (peça 44) alinha-se à CVM e entende que as operações de FIDC envolvendo créditos públicos geram uma obrigação para o ente federado (compromisso financeiro) junto ao Fundo correspondente, devendo ser contabilizadas como operações de crédito e estando sujeitas, portanto, aos controles previstos na LRF. Para além disso, no caso concreto do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu, a unidade técnica ressaltou que o município teria assumido a obrigação

de integralizar novas quotas do FIDC em caso de desequilíbrio da chamada “razão de garantia”, configurando a existência de uma obrigação financeira contratual por parte do ente federado. Assim, formula proposta para que o TCU determine cautelarmente à CVM que não proceda ao registro de qualquer fundo, incluindo o FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu, que tenha em sua constituição direitos creditórios que sejam caracterizados como operações de crédito segundo pareceres técnicos e jurídicos da autarquia, até deliberação de mérito sobre o teor dessas operações, além de recomendações acessórias.

13. Como é cediço, são dois os requisitos indispensáveis à concessão de medidas cautelares: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

14. Neste juízo inicial, de cognição sumária e não exauriente, em que é exercido o poder de cautela, num julgamento deliberatório no qual se mesclam a impossibilidade de aprofundamento analítico do caso e a urgência da decisão, considero que as sugestões apresentadas pela unidade técnica estão apoiadas em exposição que merece o nosso acolhimento.

15. Em síntese, o arrazoado da unidade técnica para proposição da medida cautelar divide-se em dois pontos, ambos baseados no parecer PFE-CVM/PGF/AGU 27/2014 (peça 42).

16. Primeiramente, afirma-se que, na operação em análise, existe compromisso financeiro por parte do município, configurado pela entrega de créditos tributários futuros em troca de uma quantia previamente fixada, comprometendo, portanto, parte de sua “receita futura”.

17. Acerca dessa vertente argumentativa, levando em conta os elementos presentes nos autos até o momento, inclino-me a acolher as conclusões apresentadas no parecer PGFN/CAF 1.579/2014 em oposição aos argumentos da Semag e da CVM sobre a questão.

18. No exame perfunctório ora realizado, infiro que a antecipação de recursos futuros, por si só, não é condição suficiente para a caracterização de operação de crédito. 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 o 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.

19. Ocorre que, como segundo argumento, a Semag destaca que no parecer PFE-CVM/PGF/AGU 27/2014 restou categoricamente consignado que, no caso concreto, o município de Nova Iguaçu assumiu a obrigação de integralizar novas quotas do Fundo em caso de desequilíbrio da chamada “razão de garantia”. Nesse sentido, eis o que consta no referido parecer:

“(…) essa cláusula [item 11.7.1 do regulamento do Fundo] impõe ao município de Nova Iguaçu o risco de ser obrigado a fazer novos aportes, seja via cessão de novos direitos creditórios ou via aporte de capital, em decorrência da diminuição do valor das quotas subordinadas em relação ao patrimônio total do fundo. Dessa forma, vislumbra-se a existência de um compromisso financeiro por parte do ente público.

Portanto, como a cláusula em questão impõe ao município uma obrigação residual de pagar em caso de frustração da receita esperada como resultado da cobrança das dívidas transferidas ao Fundo, caracteriza-se a existência de operação de crédito.”

20. Tal aspecto, inclusive em linha de sintonia com o parecer PGFN/CAF 1.579/2014, deveria ter sido levado em consideração pela STN e, aparentemente, não o foi.

21. Assim, considero que a fumaça do bom direito é perceptível, haja vista a probabilidade de que a constituição do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu (e de outros fundos envolvendo créditos públicos) sem a apresentação da autorização do Ministério da Fazenda exigida no art. 32 da LRF possa violar legislação acerca da matéria. A própria dicotomia entre os entendimentos da CVM e da PGFN reforça a indefinição quanto à natureza das operações abrangendo créditos públicos para a criação de FIDC. Destaco que tanto a CVM quanto a PGFN, em seus respectivos pareceres, destacaram a competência desta Corte para deliberar sobre a matéria, como a conclamarem a orientação do TCU

(expressamente, a CVM alude ao apontamento de “parâmetros para a definição de operação de crédito em operações de securitização de dívida ativa”).

22.O perigo na demora, por sua vez, traduz-se no risco de que, caso não seja melhor avaliada a decisão da STN pela não caracterização de operação de crédito no caso (ofício 4.127/2014-COPEM/SURIN/STN/MF-DF), ocorra prejuízo ao interesse público ou à eficácia da futura decisão de mérito, tendo em vista a iminência de registro do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu na CVM e seu potencial efeito multiplicador, com eventual comprometimento da receita de outros entes da Federação que porventura venham a transferir créditos públicos para FIDC com estrutura semelhante e que se caracterizem como operações de crédito.

23.No tocante às recomendações alvitradas pela unidade técnica nos parágrafos 30.a e 30.b de sua instrução, prefiro avaliá-las em momento futuro, por ocasião da deliberação de mérito, haja vista que o deslinde do presente processo pode reforçá-las ou até mesmo torná-las despiciendas.

24.Por fim, registro que a Semag ressaltou a existência do TC 016.585/2009-0, de relatoria do Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, ainda pendente de julgamento, em que se analisa especificamente a operação relacionada à cessão da dívida ativa do município de Belo Horizonte para a constituição de um FIDC.

25.Diante do exposto, **decido**:

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 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;

25.2.com fulcro nos arts. 157, 250, inciso V, e 276, § 3º, do RI/TCU, determinar a oitiva da Comissão de Valores Mobiliários, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria do Tesouro Nacional, ao Município de Nova Iguaçu e à NSG Capital Serviços Financeiros DTVM S/A, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, pronunciem-se no mérito acerca de todos os fatos tratados nesta representação;

25.3.orientar a unidade técnica que:

25.3.1.ao elaborar os ofícios acima mencionados, atente para a aplicação integral do disposto no art. 1º, § 3º, da Portaria-Min-BD 1/2014, de modo que, para cada órgão/entidade, a correspondente comunicação processual descreva os principais fatos objeto da oitiva necessários à análise conclusiva de mérito, identificando os dispositivos constitucionais e legais que devem ser observados e enviando cópia das peças processuais necessárias ao melhor cumprimento da medida adotada;

25.3.2.ao emitir a instrução de mérito, manifeste-se sobre a pertinência das recomendações já formuladas e, também, sobre as conclusões do parecer PGFN/CAF 1.579/2014, levando em conta as orientações que emana em caráter consultivo, e do ofício 4.127/2014-COPEM/SURIN/STN/MF-DF, que concluiu pela não caracterização de operação de crédito no caso do FIDC-NP Dívida Ativa de Nova Iguaçu, afastando assim a exigência de obtenção de qualquer autorização do Ministério da Fazenda para a estruturação e funcionamento do Fundo.

À Semag.

Brasília, 25 de novembro de 2014.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator