

Rio de Janeiro, 17 de junho de 2014.

Referência: MEMO/CVM/SIN/N.º 104/2014
Processo n.º RJ-2014-359

EMENTA: Natureza dos direitos creditórios a serem adquiridos por Fundo. Enquadramento do Fundo como FIDC não padronizado, nos termos do art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução CVM n.º 444/06. Necessidade de apresentação da autorização do Ministério da Fazenda nos termos do art. 32 da Lei Complementar 101/00, como determina o art. 7º, § 9º, da Instrução CVM n.º 444/06, por se tratar de operação de crédito em que há compromisso financeiro.

Para a melhor compreensão do assunto em epígrafe, faremos um breve sumário da consulta para, então, passarmos à sua resposta.

1. Breve síntese da consulta

Versa o presente feito sobre consulta formulada no Processo CVM n.º RJ-2014-359, que trata de pedido de registro de funcionamento do Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Saneamento Ambiental e Infraestrutura São Paulo ("Fundo"), formulado pela Caixa Econômica Federal ("Administradora").

Tendo em vista que a Administradora apresentou argumentação questionando entendimento adotado pela área técnica, foi encaminhado a esta Procuradoria Federal Especializada o MEMO/CVM/SIN/GIE/N.º 276/2013, onde é solicitado parecer em relação às seguintes questões:

- (i) se os direitos creditórios a serem adquiridos pelo Fundo devem ser classificados como padronizados.
- (ii) se, no caso concreto, há "operação de crédito", já que um ente público é o detentor de cotas subordinadas em FIDC, e, portanto, se carece ou não da competente autorização do Ministério da Fazenda, nos termos do art. 32 da Lei Complementar 101/00[1], de que trata o § 9º, do art. 7º, da Instrução CVM nº 444/2006[2].

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à resposta.

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")[3], 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.

Nota-se, ainda, que não foram acostadas informações relacionadas ao número de cotas em cada classe nem seus respectivos valores.

3. Do enquadramento do Fundo à Instrução CVM n.º 444/06

Inicialmente, saliento que concordo com o entendimento da área técnica de que os direitos creditórios que compoariam o patrimônio do Fundo se enquadram ao art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução CVM n.º 444/06.

Cumpra, preliminarmente, destacar que, diferentemente do que foi aduzido pela Administradora, não existe uma distinção normatizada entre receitas originárias e derivadas, conforme expressamente afirmado no MANUAL DE CONTABILIDADE APLICADA AO SETOR PÚBLICO, disponível no "site" http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Parte_I_PCO2012.pdf:

OBSERVAÇÃO:

A doutrina classifica as receitas públicas, quanto à procedência, em Originárias e Derivadas. Essa classificação possui uso acadêmico e não é normatizada; portanto, não é utilizada como classificador oficial da receita pelo Poder Público.

Receitas públicas Originárias, segundo a doutrina, seriam aquelas arrecadadas por meio da exploração de atividades econômicas pela Administração Pública. Resultariam, principalmente, de rendas do patrimônio mobiliário e imobiliário do Estado (receita de aluguel), de preços públicos⁶, de prestação de serviços comerciais e de venda de produtos industriais ou agropecuários.

Receitas públicas Derivadas, segundo a doutrina, seria a receita obtida pelo poder público por meio

da soberania estatal. Decorreriam de imposição constitucional ou legal⁷ e, por isso, auferidas de forma impositiva, como, por exemplo, as receitas tributárias e as de contribuições especiais.

Assim, o que se observou é que o MANUAL DE CONTABILIDADE APLICADA AO SETOR PÚBLICO diz exatamente o oposto do que foi afirmado pela Administradora, o que também já havia sido constatado pela área técnica (fl. 513), fragilizando-se, portanto, seu posicionamento quanto ao ponto.

Feita essa consideração inicial, ressalto que discordo do posicionamento defendido pela Administradora por verificar que a classificação das receitas orçamentárias por ela proposta não se encontra em consonância com o entendimento amplamente majoritário de que as receitas orçamentárias se dividem, apenas, em receitas originárias e derivadas, como se demonstrará a seguir.

ALIOMAR BALEIRO, autor de uma das obras mais importantes do Direito Financeiro, adota o seguinte posicionamento acerca do tema:

A classificação mais generalizadamente aceita, designada como alemã, distingue as receitas ordinárias em dois grupos:

a) receitas originárias ou de economia privada, ou ainda de direito privado; b) receitas derivadas ou de economia pública, ou, ainda, de direito público.

O primeiro grupo compreende as receitas provenientes dos bens e empresas comerciais ou industriais do Estado, que os explora à semelhança de particulares, sem exercer os seus poderes de autoridade, nem imprimir coercitividade à exigência de pagamentos ou à autorização dos serviços que os justificam, embora, não raro, os institua como monopólios. A essas receitas originárias corresponderia a noção de "preços" adiante exposta^[4]. (...)

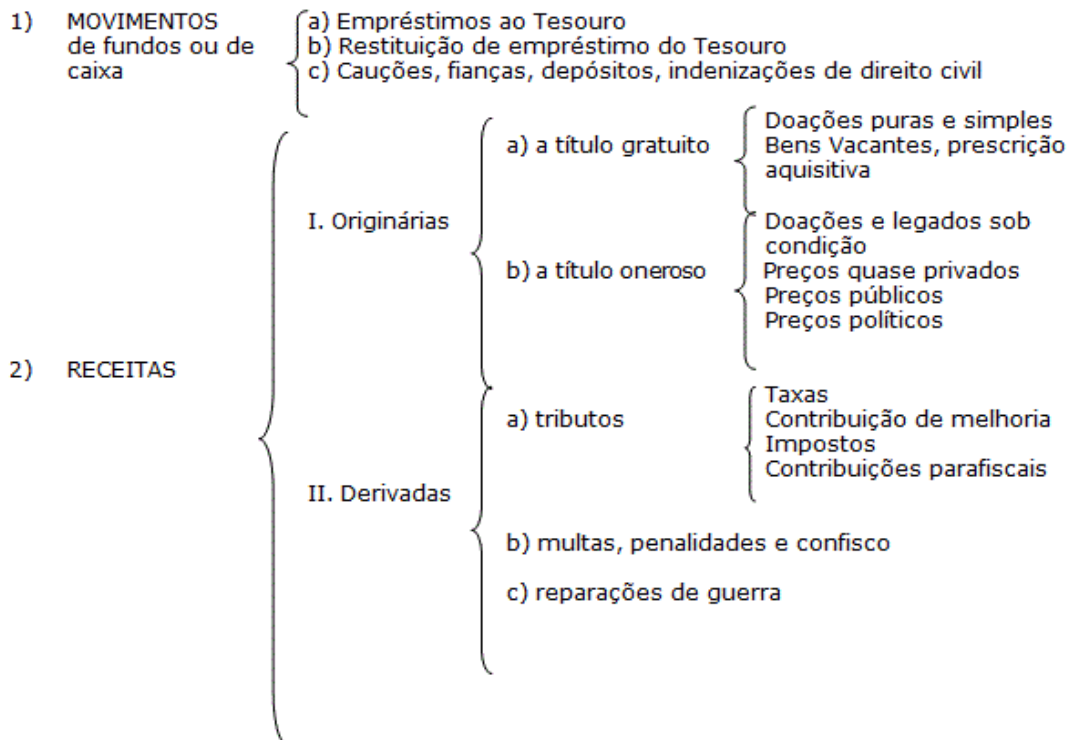
No segundo grupo - receitas derivadas, caracterizadas pelo constrangimento ilegal para sua arrecadação, - contam-se os tributos e as penas pecuniárias, em resumo, rendas que o Estado colhe no setor privado, por ato de autoridade, subdividindo-se os primeiros em: a) impostos; b) taxas; c) contribuições de melhoria; d) contribuições parafiscais.

(...)

Essa classificação, por muito difundida, envolve terminologia geralmente consagrada e coincide, nas linhas gerais, com o direito brasileiro em vigor. Ela se funda na existência da aquisição compulsória em relação às receitas derivadas, o que as distingue das receitas originárias. Outro fundamento dessa divisão é a diferente origem dumas e doutras receitas: as originárias saem do próprio setor público, isto é, do patrimônio do Estado, ao passo que as derivadas são exigidas do patrimônio ou das rendas dos particulares. (p. 117)^[5]

É de sua autoria, ainda, o panorama esquemático das receitas públicas a seguir apresentado:

CLASSIFICAÇÃO DOS INGRESSOS PÚBLICOS^[6]



No mesmo sentido é o entendimento de Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.:

5. Receitas originária e derivada:

A classificação mais empregada é a decorrente da escola *alemã*, fundamentada em que o Estado *age como particular* no desempenho de atividade pertinente à exploração de seu domínio privado, pelo que as receitas públicas são divididas em dois grupos, compreendendo as receitas originárias, ou de economia privada, e as receitas derivadas ou de economia pública.

5.1. Receitas originárias

Receitas originárias são as auferidas pelo Estado em decorrência da exploração do seu próprio patrimônio, agindo sem exercer o seu poder de soberania, não havendo, pois, obrigatoriedade no seu pagamento pelo particular, sendo, portanto, *receitas voluntárias, contratuais* e de direito *privado* (*receitas patrimoniais*).

Ricardo Lobo Torres leciona que as receitas originárias compreendem os preços públicos, as compensações financeiras e os ingressos comerciais.

5.2. Receitas derivadas

Receitas derivadas são as provenientes de bens pertencentes ao patrimônio dos *particulares*, impostas coercitivamente aos cidadãos, constituindo receitas obrigatórias, de direito público. Tais receitas decorrem de atividades financeiras que o estado desempenha investido de sua soberania, sendo, portanto, *receitas legais*. As receitas derivadas compreendem os tributos e as multas, fiscais ou não[7]. (p. 62)

Não é outra a posição de Lafayette Josué Petter:

6.9.2. Classificação das receitas públicas segundo a fonte de origem dos recursos

Divide a receita pública em dois grupos: originárias e derivadas, dependendo de como o Estado age em suas relações, se como particular ou como ente público.

Assim, as receitas públicas originárias são as auferidas pelo Estado em decorrência da exploração de seu próprio patrimônio e sem exercício de seu poder soberano. O Estado as explora à semelhança dos particulares. Ou seja, não há coercibilidade na exigência e os valores não raro, dependem de pactuação. Predominam entradas decorrentes de relações de direito privado. Exemplos: preços públicos, dividendos gerados por empresas estatais, exploração de loterias, *royalties* provenientes de exploração de energia hidroelétrica, mineração, petróleo, (...).

As receitas públicas derivadas são as provenientes de patrimônio de particulares, impostas coercitivamente aos cidadãos, em decorrência do poder soberano do Estado, Compreendem os tributos e as multas, fiscais ou não[8].

Todos os excertos supra mencionados demonstram que a maioria absoluta dos estudiosos do Direito Financeiro[9] se alinha a favor do entendimento esposado pela Área Técnica de que as receitas públicas são classificáveis como originárias ou derivadas. Há uma uniformidade de entendimento, portanto, em relação à inexistência de um terceiro grupo de receitas, o que me leva à discordar da argumentação defendida pela Administradora.

Ainda que assim não fosse, o que se coloca apenas a título de argumentação, observa-se que a maioria dos (poucos) autores que tratam de receitas transferidas conceituam-nas como aquelas decorrentes de valores arrecadados a título de tributo por um ente público e repassadas a outro ente público, como determinam, por exemplo, os artigos 157 e seguintes da Constituição Federal[10].

Por essa razão, concordo com a área técnica que se está a tratar de direitos creditórios que se enquadram ao art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução CVM n.º 444/06.

Finalmente, destaco meu entendimento de que seria salutar que o Colegiado desta Autarquia se manifestasse acerca da questão da inclusão de uma classificação doutrinária, sem normatização, no 1º, § 1º, inciso II, da Instrução CVM n.º 444/06. Trata-se de situação envolvendo receita pública; é de interesse público, portanto, que se busque a minimização das dúvidas em sua aplicação com a adequada delimitação de seus contornos.

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

Conforme referido anteriormente, o art. 7º, inciso 9º, da Instrução CVM 444/06 determina que é necessária a apresentação de autorização do Ministério da Fazenda, nos termos do art. 32 da Lei Complementar 101/00, sempre que se observar, em FIDC-NP que permita a realização de aplicações em direitos creditórios decorrentes de receitas públicas, compromisso financeiro classificável como operação de crédito.

Cumpra assinalar que o art. 29, inciso III, da Lei Complementar 101/00 conceitua operação de crédito como o "*compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros*". A redação desta norma dá margem a uma interpretação bastante ampla, uma vez que a enumeração das situações enquadráveis como operação de crédito é meramente exemplificativa[11]; elegeram-se, contudo, como elemento central a verificação da ocorrência de compromisso financeiro.

Essa regra deve, também, ser interpretada dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei em que está inserida, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que visa a garantir a saúde financeira de estados e municípios, a aplicação de recursos nas esferas adequadas e uma boa herança administrativa para os futuros gestores[12]. Assim, a análise do presente caso deve estar em consonância com o disposto em seu art. 1º, § 1º:

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

No presente feito, estamos diante de situação em que o Município, por intermédio do 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, com 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 da 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^[13]. 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.

5. Conclusão:

Por todo o exposto, entendo que:

1. o Fundo estaria adquirindo direitos creditórios que se enquadram no art. 1º, § 1º, inciso II, da Instrução CVM n.º 444/06;
2. é aplicável ao FIDC-NP 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).

Rio de Janeiro, 17 de junho de 2014.

ADRIANA CRISTINA DULLIUS BRITTO
Subprocuradora-Chefe - GJU-1 (em exercício)
Matrícula 1.358.272

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

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

I - existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica;

II - inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita;

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

IV - autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;

V - atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição;

VI - observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

[2] Art. 7º, § 9º, da Instrução CVM 444/06: "Nos fundos que realizarem aplicações nos direitos creditórios referidos no inciso II do § 1º do art. 1º desta Instrução [fundos que permitam a aplicação em direitos creditórios decorrentes de receitas públicas originárias ou derivadas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações], ou em direitos creditórios cedidos ou originados por empresas controladas pelo poder público, deverá ser apresentada manifestação acerca da existência de compromisso financeiro que se caracterize como operação de crédito, para efeito do disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo, em caso positivo, ser anexada competente autorização do Ministério da Fazenda, nos termos do art. 32 da referida Lei Complementar".

[3] Os recursos em tela são destinados ao Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura do Município de São Paulo em face do disposto na Lei Municipal n.º 14.934/09. Contudo, tendo em vista a sistemática estabelecida pela aludida Lei e pelos Contrato SABESP, tais recursos são de titularidade do Município

[4] "Distinguindo dum lado os "preços" – espécie do gênero receitas originárias, - e do outro lado os tributos (taxas, impostos, etc.) e outras receitas derivadas ou compulsórias, apontamos dois elementos característicos e identificadores: a) a coação, direta ou indireta, que existe nas receitas derivadas, e falta às originárias; b) a procedência dos recursos, já que, nas receitas originárias, é o próprio setor público a fonte delas, ao passo que, nas receitas derivadas, o setor privado, constituído pelo patrimônio e rendas dos particulares, suporta o ônus. Há, pois, nessa distinção um elemento político-jurídico: a origem dos recursos, a fonte que os fornece. Mas não é só isso que distingue preços e tributos. Os preços referem-se a coisas e, às vezes, a serviços de caráter industrial ou comercial (transportes ferroviários, marítimos, comunicações telegráficas etc.). (...) Quando presta serviços mediante preços, o Estado fornece transportes ferroviários, marítimos ou aéreos, transmite telegramas e cartas, distribui água encanada, gás ou energia elétrica a domicílio, liga os particulares entre si por suas redes telefônicas etc. Qualquer desses serviços pode ser prestado, com monopólio ou sem ele, por empresas particulares (...). Nenhuma dessas atividades, em princípio, necessita do exercício do poder coativo reservado ao Estado" (BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 122-123).

[5] BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 117.

[6] BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 121.

[7] ROSA JR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário**, 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61-62.

[8] PETTER, Lafayette Josué. **Direito Financeiro**, 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 213-214.

[9] Vide, ainda: HARADA, Kioshi. **Direito Financeiro e Tributário**, 23 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41-59; e TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**, 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 166-172.

[10] Localizou-se tal posicionamento nos seguintes endereços eletrônicos: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2480456/com-relacao-a-origem-como-as-receitas-publicas-sao-classificadas-denise-cristina-mantovani-cera>; <http://professor.ucg.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13134/material/SISTEMA%20TRIBUT%C3%81RIO%20NACIONAL.pdf>; http://pt.wikipedia.org/wiki/Receita_tribut%C3%A1ria. Observa-se que foi encontrado apenas UM artigo que poderia se coadunar à tese da Administradora, constante do seguinte endereço eletrônico: <http://jus.com.br/artigos/21415/consideracoes-acerca-da-receita-publica-orcamentaria-e-o-seu-disciplinamento-na-lei-de-responsabilidade-fiscal>.

[11] A esse respeito, é importante referir o Manual para instrução de pleitos, referente às operações de crédito de Estados e Municípios, editado pela Secretaria do Tesouro Nacional, onde é aduzido que “[o] conceito de operação de crédito da Lei de Responsabilidade Fiscal é bastante amplo. Dessa maneira, há operações que eventualmente podem não ser caracterizadas como operações de crédito pelo sistema financeiro, mas se enquadram no conceito da LRF, devendo, portanto, ser objeto de verificação prévia pelo Ministério da Fazenda. As operações de crédito tradicionais são aquelas relativas aos contratos de financiamento, empréstimo ou mútuo. A legislação englobou no mesmo conceito as operações “assemelhadas”, tais como a compra financiada de bens ou serviços, o arrendamento mercantil e as operações de derivativos financeiros. Incluem-se também nessas categorias operações realizadas com instituição não financeira. Adicionalmente, há operações que, apesar de não se constituírem operações de crédito em sentido estrito, foram equiparadas a estas por força da Lei, por representarem compromissos financeiros e que foram considerados relevantes pelo legislador. As operações equivalentes a operação de crédito por equiparação são: a) a assunção de dívidas; b) o reconhecimento ou a confissão de dívidas (ver art. 3º da RSF 43/2001). Os contratos de reconhecimento e confissão de dívidas normalmente envolvem o parcelamento ou postergação das obrigações objeto da repactuação”.

[12] Edson Ronaldo Nascimento e Ilvo Debus, em estudo vinculado à Secretaria do Tesouro Nacional, aduzem que o “principal objetivo da Lei de Responsabilidade Fiscal, de acordo com o *caput* do art. 1º, consiste em estabelecer “*normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade da gestão fiscal*”. Por sua vez, o parágrafo primeiro deste mesmo artigo procura definir o que se entende como “responsabilidade na gestão fiscal”, estabelecendo os seguintes postulados: - ação planejada e transparente; - prevenção de riscos e correção de desvios que afetem o equilíbrio das contas públicas; - garantia de equilíbrio nas contas, via cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas, com limites e condições para a renúncia da receita e a geração de despesa com pessoal, seguridade, dívida, operações de crédito, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar”.

[13] Constatou-se estar pendente de julgamento o Processo do TCU nº TC 016.585/2009-0, que tem por objeto “avaliar o enquadramento de operação realizada entre o município de Belo Horizonte – MG e p FIDC-BH no conceito de operação de crédito estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal”.