

VOTO N.º: 10.958/2020

Jurisdicionada: Gabinete do Prefeito (GBP), Secretaria Municipal de Fazenda (SMF), Instituto de Previdência e Assistência (PREVI-RIO) e Procuradoria Geral do Município (PGM-RIO).

Assunto: Representação - Gabinete do Vereador Átila A. Nunes e Gabinete do Vereador Carlo Caiado.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO FINANCEIRO. CONTROLE DE JURIDICIDADE. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. DESVIO DE FINALIDADE (TREDESTINAÇÃO). ALIENAÇÃO DE FLUXO FUTURO DE ROYALTIES DO PETRÓLEO (ART. 20, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). CARACTERIZADA A OPERAÇÃO DE CRÉDITO. EXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO ANTERIOR ANÁLOGA TRATADA NO ÂMBITO DO MRJ COMO OPERAÇÃO DE CRÉDITO. OUTRAS SITUAÇÕES SIMILARES. ART. 15 DA RES. SENADO FEDERAL Nº 43/2001. ART. 32 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA ESPECÍFICA. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

O presente processo foi formado a partir de Representação subscrita pelo Exmo. Sr. Vereador Átila A. Nunes e pelo Exmo. Sr. Vereador Carlo Caiado. Na inicial, os parlamentares se insurgem contra a publicação, em 18/08/2020, do ato que **aprova o termo de referência e autoriza a abertura de licitação**, na modalidade pregão, com o seguinte objeto:

Alienação, por meio de cessão definitiva, de parte do fluxo obtido pelos direitos econômicos relativos às receitas municipais futuras provenientes dos créditos de Royalties e Participações Especiais pela exploração de Petróleo e Gás Natural, a que o Município do Rio de Janeiro faz jus por força do disposto no §1º do art. 20 da Constituição da República.

Aduzem os Representantes, em apertada síntese, que o adiantamento de recebíveis ora sob análise encontraria, em tese, óbice no art. 42¹ da Lei Complementar nº 101/2000 (LRF), bem como nos art. 5º, inciso VI², e art. 15³, ambos da Resolução nº 43/2001, do Senado Federal. Dentro desse contexto, a Representação busca o que segue:

(i) Suspensão liminar do processo licitatório para que o Município do Rio de Janeiro se abstenha de realizar a presente licitação, antes da correta análise a ser feita por este Egrégio Tribunal, tendo em vistas os possíveis prejuízos futuros às contas do Município; (ii) que o Município do Rio de Janeiro apresente os dados financeiros e orçamentários e a descrição completas dos custos efetivos, futuros, da operação financeira e, diante deles, seja comprovada a vantajosidade de tal operação; (iii) a aplicação de multa à Prefeitura, na pessoa do Prefeito do Município do Rio de Janeiro, no valor a ser arbitrado por este tribunal, em caso de descumprimento das decisões acima requeridas.

Note-se que o respectivo aviso de licitação, publicado no Diário Oficial do Município, em 10/09/2020, iniciou a fase externa do **Pregão Presencial PP/SMF nº 01/2020** e marcou o recebimento dos envelopes para o dia 23/09/2020, às 11 (onze) horas.

A última deliberação no âmbito deste processo, em 15/09/2020, se deu por meio da Decisão Monocrática nº 10.766/2020 (P0019) que, considerando a plausibilidade jurídica dos questionamentos dos Representantes e o risco de a realização do Certame comprometer o resultado útil deste processo, decidiu pela **concessão da tutela provisória de urgência, consistente na suspensão liminar do Pregão Presencial PP/SMF nº 01/2020**. Reproduz-se, por pertinente, a argumentação que indica dúvida razoável acerca da natureza jurídica da operação sob exame:

Ainda que em análise perfunctória, é importante destacar alguns aspectos relacionados à tese de que operação em questão configuraria alienação de ativo.

Faz-se necessário considerar que o conceito de ativo compreende, conforme item 4.3 do Pronunciamento Técnico CPC 00 (R2), do Comitê de

¹ Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

² Art. 5º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

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

³ Art. 15. É vedada a contratação de operação de crédito nos 120 (cento e vinte) dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Poder Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município. (Redação dada pela Resolução n.º 32, de 2006)

Pronunciamentos Contábeis, “um recurso econômico presente controlado pela entidade como resultado de eventos passados”⁵. Nesse sentido, por se tratar de um recurso presente, o direito deve estar, necessariamente, contabilizado e indicado no Balanço Patrimonial para ser reconhecido como um ativo. Note-se que, em relação às receitas futuras de royalties, ao que parece, esse não é o caso.

Nessa lógica, o próprio texto do art. 44⁶ da LRF se refere à alienação de “bens e direitos que integram o patrimônio público”. Ora, apenas integra o patrimônio público, repita-se, os bens ou direitos devidamente contabilizados no balanço patrimonial do ente. A coisa futura e aleatória, a princípio, não integra a esfera patrimonial da Prefeitura e, por isso, não pode ser alienada.

No mais, é importante salientar que, conforme item 5.1 do Edital de Licitação publicado, o critério eleito para seleção da proposta mais vantajosa é o da menor taxa interna de retorno (TIR). Nesse caso, a métrica de seleção da proposta é justamente o percentual de retorno (remuneração) do investimento feito pelo cessionário.

Assim, havendo um encargo financeiro que, na essência, poderia ser equiparado à cobrança de juros, vislumbra-se a possibilidade de que o lançamento contábil da operação aumente o passivo ou ainda represente uma despesa financeira na Demonstração de Resultado do Exercício. Dessa forma, ao contrário do que aduz a Administração, poderá haver, salvo melhor juízo, aumento da dívida pública.

Além disso, caso a cessão onerosa em análise seja considerada uma operação de crédito, vislumbra-se a necessidade de atendimento ao requisito temporal imposto pelo art. 15, da Res nº 43/2001.

Portanto, fazendo-se uma análise contábil e jurídica, persiste dúvida razoável acerca da natureza da operação sob exame, razão pela qual entende-se que as restrições de caráter temporal impostas pela legislação, em especial o artigo 42, da LRF e o art. 15, da Resolução do Senado nº 43/2001, não estão necessariamente afastadas.

Destaque-se que a tutela provisória supramencionada foi referendada pelo Plenário na 21ª Sessão Ordinária, ocorrida em 16/09/2020 (certidão autuada como peça P028), ocasião em que esta Corte também solicitou, à Secretaria Municipal de Fazenda, cópia do inteiro teor do processo administrativo que deu origem ao Pregão em questão (04/000.520/2020).

Objetivando atender a esta Corte de Contas, o Município ofereceu esclarecimentos autuados como peças 041 e 042 e subscritos pelo Exmo. Sr. Prefeito, pelo Exmo. Sr. Procurador Geral do Município, pelo Exmo. Sr. Presidente do Previ-Rio e pela Exma. Sra. Secretária Municipal de Fazenda. A operosa Coordenadoria de Auditoria e Desenvolvimento (CAD) procedeu à análise de todo material constante deste processo, resultando na Instrução que consta como peça P046. Reproduzem-se, a seguir, os principais trechos da análise da Especializada:

2.1. Objeto da cessão

(...), no que se refere à propriedade decorrente dos recursos minerais (tais como o petróleo e o gás natural), pode-se inferir que, enquanto para a União basta a certificação da existência dos mesmos para que se afirme que é proprietária de algo (art. 20, IX), no caso de Estados, Distrito Federal e Municípios, só se pode falar em propriedade de algo (participação) a partir do momento em que se dê a efetiva exploração da riqueza mineral (art. 20, § 1º). Assim, não se pode admitir a existência de qualquer direito a recebimento de royalties antes da efetiva exploração do petróleo, ainda que a participação contenha previsão constitucional.

A Lei n.º 7.990/89, que institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, dispõe, em seu art. 8º, que o pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal.

Por sua vez, o Decreto n.º 1/1991, que regulamenta o pagamento da compensação financeira instituída pela Lei nº 7.990/89, dispõe, em seu art. 7º, que constitui fato gerador da compensação financeira devida pela exploração de recursos minerais a saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provêm, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.

Já a Lei n.º 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências, define, em seu art. 47, que os royalties serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

A análise conjunta dos três dispositivos infraconstitucionais mencionados permite concluir que a materialização, para o Município do Rio de Janeiro, do direito à participação na exploração do petróleo e gás natural, assegurado pelo § 1º do art. 20 da CF/88, somente se dará quando da ocorrência da saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provêm, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial, pois tal condição foi aquela que o Decreto n.º 1/1991 elegeu como **fato gerador** da compensação devida, sendo certo também que sua apuração se dá **mensalmente**.

É importante que se estabeleça uma diferenciação entre a **previsão** de um direito, mesmo que tal previsão conste na Constituição, do **efetivo nascimento** do direito e sua consequente inclusão no rol das propriedades líquidas e certas do seu beneficiário. De forma análoga, pode-se dizer que, não obstante os incisos VIII e XVII do art. 7º garantam ao trabalhador o direito à percepção

de férias remuneradas e décimo-terceiro salário, a mera vigência do contrato de trabalho não basta para que se reconheça tais direitos de forma efetiva, sendo necessário para tanto o decurso dos respectivos períodos aquisitivos previstos na legislação trabalhista, períodos estes que, no caso, virão a constituir o **fato gerador**. Tanto é desta forma que o adiantamento de tais verbas aos funcionários faz nascer, na entidade empregadora, um direito registrado no **Ativo**, de onde se conclui que tais pagamentos, antes que se complete os respectivos períodos aquisitivos (**fatos geradores**) possuem característica de um empréstimo.

Assim, no caso dos royalties e do consequente fluxo de ingressos financeiros decorrentes da previsão contida no § 1º do art. 20 da CF/88 (efetivo objeto da operação pretendida), a mera existência do recurso mineral, ou mesmo a vigência de um contrato de concessão para sua exploração, firmado entre a União (na qualidade de proprietária do mesmo) e uma empresa, não bastam para que se possa afirmar que o Município **detenha** algo (efetivo direito ao recebimento da participação), antes que se concretize, **mensalmente**, a condição prevista no art. 7º do Decreto n.º 1/1991 (**fato gerador**).

(...)

2.2. Não atendimento dos requisitos para reconhecimento de um Ativo

O Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público – MCASP, em sua 8ª edição, aprovada pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN por meio da Portaria n.º 877/2018 (Parte II.2.1.1 – pág. 144), define Ativo como **um recurso controlado no presente pela entidade como resultado de evento passado**. Assim, o reconhecimento de qualquer fato como Ativo da entidade pressupõe necessariamente que suas características satisfaçam integralmente tal definição.

A mera conclusão, trazida no subitem anterior, de que o **fluxo futuro** de ingresso financeiro decorrente da previsão contida no § 1º do art. 20 da CF/88 **não constitui, no momento, uma efetiva propriedade do Município**, já bastaria para se afirmar que o objeto do Pregão tratado na presente Representação não satisfaz as condições para que se reconheça um Ativo.

Não obstante, pode-se ainda reforçar tal constatação, a partir das características que se apresentam na definição trazida no MCASP.

O referido Manual define **recurso** como um **item com potencial de serviços ou com a capacidade de gerar benefícios econômicos**. Tem-se, portanto, duas condições alternativas para que se possa qualificar algo como **recurso** de uma entidade:

- Prestar serviços que contribuam para alcançar seus objetivos, ou
- Gerar benefícios econômicos, na forma de entradas de caixa ou redução das saídas de caixa

Aplicando-se tais possibilidades ao **fluxo futuro de ingressos financeiros decorrentes dos royalties e participações especiais**, conclui-se que o mesmo não se enquadra em qualquer uma, uma vez que:

- Não se relaciona a nenhum serviço a ser prestado pelo Município, e
- Não gera entrada ou redução de saída de caixa, uma vez que o próprio fluxo (objeto da pretendida cessão) já se constitui em uma entrada de caixa. Ou seja, o fluxo financeiro derivado do direito do Município à participação prevista no § 1º do art. 20 da CF/88 é o que justifica a classificação deste último como **recurso**, a partir do momento em que se constata a ocorrência do **fato gerador**

eleito por meio do art. 7º do Decreto n.º 1/1991 (saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provêm, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial).

(...)

No que se refere ao **controle** por parte da entidade, o simples fato de tratar-se de fluxos futuros, **sem a efetiva ocorrência do fato gerador**, já permite concluir que tal requisito para reconhecimento de um ativo não se faz presente, uma vez que somente a partir do **efetivo ingresso financeiro**, tais recursos estarão efetivamente sob **controle** do Município.

Expandindo um pouco a abordagem sobre tal requisito para o reconhecimento de um Ativo, pode-se afirmar que a efetiva ocorrência do fato gerador eleito pelo art. 7º do Decreto n.º 1/1991 está sujeita a diversas condicionantes futuras, aleatórias e incertas, relacionadas a diversos aspectos (econômicos, climáticos, geológicos, legais, etc.), sobre as quais pouco ou nada se faz presente o **controle** por parte do Município. Ou seja, novamente se constata que a participação prevista no dispositivo constitucional não faz, por si só, nascer o direito líquido e certo.

Já a exigência de que o ativo a ser reconhecido resulte de um **evento passado**, traz a obrigatoriedade de que qualquer bem ou direito, para ser evidenciado nas Demonstrações Contábeis, requer, necessariamente, a ocorrência prévia do respectivo **fato gerador**.

(...)

Conclui-se, portanto, que, à luz das disposições trazidas no Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público e na Instrução de Procedimentos Contábeis n.º 14, **o fluxo futuro de ingressos financeiros decorrentes dos royalties e participações especiais a que o Município do Rio de Janeiro faz jus por força do disposto no § 1º do art. 20 da Constituição da República não satisfaz, antes da ocorrência do fato gerador eleito pelo art. 7º do Decreto n.º 1/1991, os requisitos para que seja reconhecido como Ativo.**

O entendimento aqui exposto se contrapõe aos argumentos trazidos pela Prefeitura às fls. 09/13, nos quais, em síntese, conclui que a previsão constante do art. 33-A da Lei n.º 3.344/20015, acrescido pela Lei n.º 5.300/2011, confere aos fluxos futuros dela decorrentes os requisitos para reconhecimento de um Ativo do FUNPREVI.

(....)

2.3. Entendimento firmado no processo n.º 40/001.352/2019

Importa ressaltar aqui o entendimento, já manifestado por esta Coordenadoria no processo n.º 40/001.352/2019, quanto ao disposto no art. 33-A da Lei n.º 3.344/2001.

Naquele processo, às fls. 28, a CAD conclui no sentido de que a cessão ali tratada, introduzida com a finalidade de equacionamento do déficit atuarial do FUNPREVI então apurado, tem o caráter de **aporte de valores preestabelecidos**, uma das modalidades admitidas no plano de amortização do déficit atuarial a ser implementado pelo ente, conforme previsto no § 1º do art. 19 da Portaria MPS n.º 403/2008, vigente à época, que dispunha sobre as normas aplicáveis às avaliações e reavaliações atuariais dos Regimes Próprios de Previdência Social -RPPS's (posteriormente revogada pela Portaria MF n.º 464/2018).

Assim, no referido processo, esta Unidade Técnica **já não admitia que tais direitos pudessem corresponder a um Ativo do Município**, que estaria sendo transferido ao FUNPREVI, já que, caso entendesse de forma diversa (que os direitos mencionados no art. 33-A correspondem a um Ativo), tal modalidade de equacionamento do déficit atuarial se enquadraria na hipótese prevista no § 3º do art. 198 (**aporte de Ativos**) da já mencionada Portaria MPS n.º 403/2008, e não no § 1º (**aporte de valores preestabelecidos**).

(...)

Assim, fica claro que, no entendimento desta Corte de Contas, a obrigação criada para o Município em face do FUNPREVI por conta do art. 33-A da Lei n.º 3.344/2001 **em nada se relaciona com eventual transferência de um Ativo, mas sim com o aporte mensal do montante nele estabelecido**, ainda que provenha de outras fontes diversas dos royalties previstos no § 1º do art. 20 da CF/88.

(...)

2.4. Evidenciação contábil do fluxo dos royalties como parte do plano de amortização do déficit atuarial do FUNPREVI

Cabe preliminarmente destacar que, tanto os déficits atuariais apurados, quanto os respectivos planos de amortização, devem estar devidamente evidenciados nas Demonstrações Contábeis do RPPS. Tal evidenciação se dá, no âmbito do Balanço Patrimonial, no grupo do Passivo Não Circulante, mais especificamente no subgrupo Provisões a Longo Prazo.

Abordando tal evidenciação de forma mais detalhada, temos que o déficit atuarial deve estar registrado em uma conta efetivamente de Passivo, enquanto o plano de amortização deve estar registrado em uma conta redutora do mesmo passivo.

O Balancete Patrimonial do FUNPREVI referente ao exercício de 2019 apresenta, com relação à sua situação atuarial, as seguintes informações resumidas, referentes aos valores presentes dos fluxos de ingressos e dispêndios projetados:

	R\$
Déficit de benefícios concedidos (A)	51.523.641.487,89
Déficit de benefícios a conceder (B)	20.612.439.228,22
Déficit atuarial (C) = (A) + (B)	72.136.080.716,11
Plano de Amortização (D)	36.708.004.081,51
Provisão líquida evidenciada (C) - (D)	35.428.076.634,60

De acordo com apuração no âmbito da auditoria realizada pela CAD no último mês de março, o montante de **R\$ 36.708.004.081,51** evidenciado como plano de amortização está assim composto:

	R\$
royalties – Lei 3.344/2001 – art. 33-A	4.208.148.301,65
aluguéis	815.571.051,20
contribuição suplementar	31.201.440.311,75
juros financ. imobiliários	118.787.052,06
amortização financ. imobiliários	364.057.364,85
TOTAL	36.708.004.081,51

Importa frisar que o fato de os valores referentes ao fluxo financeiro decorrente da obrigatoriedade criada para o Município em face da art. 33-A da Lei n.º 3.344/2001 (**R\$ 4,21 bilhões**) estarem registrados em conta contábil representativa do Plano de Amortização do Déficit Atuarial do FUNPREVI de forma alguma significa que o objeto da cessão corresponde a um Ativo do Fundo.

O cômputo de tal fluxo, assim como todos os outros que virão a constituir-se em receita ou despesa previdenciária, independe da ocorrência do respectivo fato gerador, uma vez que a finalidade precípua da avaliação atuarial consiste exatamente em aferir se o regime de previdência, consideradas as fontes de financiamento presentes no momento de sua elaboração, são suficientes para a satisfação dos benefícios concedidos e a conceder.

Assim é que, embora todos os fluxos futuros de ingresso (contribuições, compensação previdenciária, aporte previsto no art. 33-A da Lei n.º 3.344/2001 e demais receitas) e dispêndio (aposentadoria, pensões, etc.) sejam considerados a valor presente para fins de avaliação atuarial e de elaboração do plano de amortização, tais receitas e despesas somente terão seu reconhecimento patrimonial (evidenciação no Ativo e Passivo do FUNPREVI) quando da efetiva ocorrência dos respectivos fatos geradores.

A composição da conta que representa o plano de amortização reforça o entendimento de que, **para que fluxos futuros sejam computados para fins de avaliação atuarial, não se exige observar a efetiva ocorrência dos respectivos fatos geradores**, uma vez que apenas os valores referentes às amortizações de financiamentos imobiliários satisfariam tal exigência, por se referirem a empréstimos já concedidos.

As demais verbas, não obstante seus fluxos financeiros tenham sido computados para fins de avaliação atuarial, somente poderão ser consideradas de fato como Ativos do RPPS à medida da efetiva ocorrência dos respectivos fatos geradores.

A abordagem trazida no presente subitem resulta, com a máxima vênia, na discordância dos argumentos trazidos às fls. 05/09 do Ofício GP n.º 104/2020, através dos quais a Prefeitura conclui que o fato de o fluxo projetado dos royalties destinados ao FUNPREVI por força do art. 33-A da Lei n.º 3.344/2001 estar contabilizado em conta redutora do déficit atuarial lhe garante a natureza de um Ativo efetivo, em condições de ser alienado.

Conforme já explanado, tal fluxo, **assim como outros cujo fato gerador ainda não ocorreu**, é apenas um dos componentes do plano de amortização do déficit atuarial do FUNPREVI.

(...)

Apenas nos casos em que o plano de amortização incluir a transferência de ativos efetivos (que atendam aos requisitos para o reconhecimento), hipótese na qual, repita-se, não se enquadra o disposto no art. 33-A da Lei n.º

3.344/2001 (conforme processo n.º 40/001.352/2019), deverão estes ser evidenciados no Balanço Patrimonial do RPPS. Assim se deu com os imóveis transferidos pelo Município por conta do disposto no § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal, que se encontram evidenciados no Balanço Patrimonial do FUNPREVI, no subgrupo Investimentos, do Ativo não Circulante.

Conclui-se, portanto, que o registro contábil do fluxo financeiro decorrente do disposto no art. 33-A da Lei n.º 3.344/2001 em conta retificadora do déficit atuarial do FUNPREVI não confere, à participação do Município prevista no § 1º do art. 20 da CF, caráter de ativo passível de alienação, antes da ocorrência do fato gerador previsto no art. 7º do Decreto n.º 1/1991.

(...)

Além das análises transcritas acima, a Especializada apresentou, no item 2.5 de sua Instrução (pag. 16/21), explanação com o fim específico de caracterizar a operação sob exame como **operação de crédito**. Optou-se por não transcrever tal item neste Relatório porque o mesmo tema foi abordado de forma igualmente profunda pela d. Procuradoria Especial, como se verá adiante.

Outrossim, é importante destacar análise contida no item 2.6 da manifestação da Especializada (pag. 21/22), **cujo tema consiste no impacto que a operação teria sobre a Receita Corrente Líquida (RCL)**, com alerta especial para os limites com despesa de pessoal, *in verbis*:

A arrecadação de royalties compõe a Receita Corrente Líquida – RCL, parâmetro utilizado para apuração de diversos limites legais, tais como Despesa com Pessoal, Dívida Consolidada, Despesas com Parcerias Público-Privadas e Receitas de Operações de Crédito.

Especialmente com relação às despesas com pessoal, o Poder Executivo apresentou, nos três últimos quadrimestres, relação com a RCL superior ao limite estabelecido na alínea b) do inciso III do art. 20 da LRF (54%), nos seguintes termos:

- 3º quadrimestre/2019 (janeiro a dezembro/2019): 54,32%
- 1º quadrimestre/2020 (maio/2019 a abril/2020): 54,15%
- 2º quadrimestre/2020 (setembro/2019 a agosto/2020): 54,85%

O provável registro orçamentário da operação e dos seus desdobramentos na forma proposta resultará, nos próximos exercícios, em diminuição da RCL, com consequente impacto nos limites atrelados a tal indicador, cabendo especial atenção para a despesa com pessoal, não obstante a suspensão do prazo para recondução em função do disposto no art. 659 da LRF, face ao atual cenário de calamidade pública por conta da pandemia do COVID19.

Isto porque, o eventual registro da receita captada como alienação de ativo, sem registro da obrigação resultante, durante o prazo estipulado no contrato o montante dos royalties que cabe ao Município será deduzido da parcela destinada ao vencedor do certame, diminuindo, assim, a RCL. Por outro lado, o registro orçamentário de uma receita de operação de crédito, com a consequente evidenciação da obrigação patrimonial (procedimento que retrata a essência da operação) resultará na sua quitação por meio da execução de

despesa orçamentária com amortização e encargos, não impactando, assim, o comportamento da Receita Corrente Líquida.

Diante de todo o exposto, a Especializada opina, às fls. 25 da peça P046, **pela procedência do pedido desta Representação** e, após a efetivação das comunicações e ciências de praxe, pelo seu **arquivamento**. No mesmo diapasão, a CAD propõe, ainda, **determinação no sentido de que a Secretaria Municipal de Fazenda se abstenha de efetivar a operação objeto do Pregão Presencial PP/SMF n.º 01/2020.**

Por fim, destaque-se que o presente processo foi submetido, ainda, ao crivo da d. Procuradoria Especial, que emitiu o parecer autuado como peça P051, da lavra do i. Procurador Pierre Batista de Oliveira.

De início, o *parquet* examina, no tópico “II.2” do Parecer (pag.7 - Dos problemas relacionados à licitação), a modalidade de licitação escolhida pela Administração e, considerando as peculiaridades do objeto licitado, aduz que **não existe amparo legal para a escolha do pregão**. Em apertadíssima síntese, o Procurador defende que o objeto licitado não se enquadra no conceito de bem ou serviço comum, que o pregão serve à aquisição de bens e serviços e não à alienação, e que o critério de julgamento (menor taxa interna de retorno) revela complexidade incompatível com o pregão, que, regra geral, deverá ser julgado em função do menor preço.

Dito isso, o Parecer passa à análise da natureza jurídica da operação em questão (se operação de crédito ou alienação de ativo / cessão de crédito), eis que, como já externado, a incidência, ou não, dos supracitados dispositivos da LRF e da Res. do Senado Federal nº 43/2001 depende da solução desta controvérsia. Veja, a seguir, os trechos mais esclarecedores:

3) Da importância de se definir a natureza jurídica do negócio e a correta interpretação da Res. SF 43/01

A primeira observação essencial com relação ao caso é que, conforme já se adiantou, o art. 5º não deve ser lido separadamente do art. 15. Estando ambos vigentes, devem ser lidos conjuntamente, chegando-se à conclusão de que o art. 5º é sempre aplicável, mas, nos últimos 120 dias do mandato do Chefe do Poder Executivo, ele não é uma exceção ao art. 15, que é mais específico, ao menos em se tratando de operação de crédito. Assim, eventual cessão de direitos que se configure como operação de crédito (em razão da assunção de alguma garantia ou compromisso financeiro por parte do cedente, conforme será analisado adiante) deve respeitar o art. 5º em todo o período do mandato do Chefe do Executivo, devendo obediência adicional ao art. 15 no período dos 120 dias finais, razão pela qual, neste intervalo temporal, estaria vedada.
 (...)

4) Da distinção entre operação de crédito e alienação de ativo e a análise da natureza jurídica da presente operação

(...), tem-se que ao menos quatro critérios podem ser apresentados como sendo aptos à diferenciação entre uma cessão de direitos e uma operação de crédito: (...) Convém que sejam feitas algumas observações sobre cada um dos critérios mencionados, razão pela qual se passa a analisá-los.

a) Sobre o momento cronológico da cessão na dinâmica da relação obrigacional

Conforme mencionado, está relacionado à existência de um ativo a ser cedido ou não. É que, a rigor, a cessão de crédito é modalidade de transmissão subjetiva da titularidade de obrigações e, por isso, ocorre após a sua gênese. Como muito bem observado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

[...] os fenômenos da cessão de crédito, assunção do débito e cessão do contrato se sucedem após a gênese da obrigação [...]. É o período em que ocorre a circulação econômica do crédito [...]. Assim, não podemos confundir os modos de transmissão das obrigações com outros modelos que geram efeitos análogos, mas se inserem cronologicamente em momentos distintos.

(...)

Isso ocorre porque ninguém pode transferir, evidentemente, mais do que possui. É preciso que se diga que, longe de ser um posicionamento isolado dos doutrinadores mencionados, trata-se de entendimento jurídico difundido entre todos os nossos civilistas.

(...)

No entanto, é preciso que se esclareça um ponto importante: dizer que o nascimento da obrigação é anterior à sua transmissão não significa defender a impossibilidade de cessão de crédito futuro ou eventual, até porque o tema é abordado na doutrina. O que precisa ser anterior é a existência da relação jurídica obrigacional. Para que o tema fique claro, convém exemplificar.

Em primeiro lugar, com relação ao crédito eventual, basta imaginar um objeto que esteja sendo disputado em um litígio judicial. É perfeitamente possível a cessão deste objeto (um direito de crédito de recebimento de determinado valor, por exemplo), dando origem, como se sabe, ao instituto da alienação do objeto litigioso, regido pelo art. 109 do CPC. Neste caso, o cessionário só receberá o bem ou o direito no caso de o cedente restar vitorioso na lide, por isso a característica da eventualidade. Contudo, perceba que, embora a própria existência da relação jurídica (entre as partes originárias, que compõem o polo do processo) seja disputada, ela é anterior à cessão (o seu fato gerador - ou seja, o fato jurídico que lhe deu origem -, ainda que disputado, é anterior), e assim será tratada caso seja reconhecida na sentença. Tanto isso é verdade que, sobrevindo uma nova legislação que altere o regramento sobre esse direito de crédito e sua respectiva relação jurídica, ainda assim o objeto do processo não se modifica, em razão do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

(...)

Por outro lado, a posição do Município em nada se confunde com isso. Não aconteceu ainda o fato gerador apto a originar a relação jurídica com a União, que ocorre, conforme já se demonstrou na instrução da CAD. É que, como se sabe, há previsão do art. 7º do Decreto nº 01/1991,

regulamentando o art. 8º da Lei nº 7.990/1989 e o próprio art. 20, §1º, da Constituição da República, no sentido de que:

Constitui fato gerador da compensação financeira devida pela exploração de recursos minerais a saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provêm, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.

Ou seja, o suporte fático previsto como hipótese de incidência na norma, apto a dar origem à relação jurídico-obrigacional com a União, ainda não aconteceu. E a diferença não é difícil de perceber quando, novamente, se invoca eventual alteração legislativa que possa ocorrer sobre o tema. Se, em breve, for modificado o regime jurídico dos royalties com relação à distribuição dos recursos entre origem e destino, o Município certamente não poderá impugnar a alteração com base em alegações de direito adquirido ou ato jurídico perfeito (qualquer eventual impugnação precisará se fundar em argumentos de ordem federativa), diferentemente do que ocorre com os titulares dos dois exemplos anteriores, precisamente porque ainda não existe relação jurídica.

(...)

De todo modo, deve-se fazer uma observação importante: não se está a dizer, aqui, que não é possível qualquer operação vinculada a uma relação obrigacional eventual e futura. Simplesmente não será, neste caso, uma alienação de um ativo e, se for onerosa, corresponderá a uma operação de crédito (porque eventual transmissão do direito, correspondente à contraprestação de quem recebeu o montante, ocorrerá apenas em momento futuro, já que não se pode transmitir o que ainda não se possui), especialmente se houver alguma forma de assegurar que quem adiantou os recursos o receberá de volta (embora este último requisito, relativo à essa "garantia", não seja essencial segundo o STF, conforme será demonstrado).

E, para demonstrar que todo esse raciocínio realmente se aplica ao Direito Público, ao Direito Financeiro e à lógica da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), basta notar que o seu artigo 37, inciso I, prevê que:

Art. 37. Equiparam-se a operações de crédito e estão vedados: I - captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, sem prejuízo do disposto no § 7º do art. 150 da Constituição;

Não se está dizendo que o caso presente se caracteriza como uma antecipação de receita orçamentária (ARO), mas este dispositivo existe precisamente porque, antes do fato gerador da obrigação tributária ocorrer, não há relação obrigacional a ser cedida. Não é demais lembrar que o art. 113, §1º, do CTN prevê que "A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador" e que o seu art. 114 dispõe que o "fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência". Sendo assim, por tudo o que já se expôs neste tópico, a caracterização da operação prevista pelo art. 37, I, da LRF, só pode ser tratada, de fato, como uma operação de crédito.

(...)

Tem-se assim que, em sua instrução técnica, e com foco na análise da natureza contábil-jurídica da cessão dos recebimentos futuros relativos aos Royalties de petróleo, a CAD apresentou argumentos importantes que confrontam a tese da Administração, desconstruindo a ideia que o

direito previsto no §1º do art. 20 da Constituição da República possa ser entendido como ativo patrimonial passível de alienação. (grifo nosso)

(...)

Ante todo o exposto, tanto na esfera jurídica como no plano contábil, não há dúvidas de que a operação pretendida não preenche os requisitos para se configurar como uma alienação de ativos, tratando-se, no entanto, de uma operação de crédito, em que a contrapartida futura do Município está claramente descrita na cláusula oitava da minuta de contrato elaborada pela própria Prefeitura (íntegra em anexo), o que será tema do tópico seguinte, referente ao segundo critério que permite distinguir uma verdadeira alienação de ativos de uma operação de crédito. (grifo nosso)

b) A transferência da posição na relação obrigacional pela cessão de crédito/alienação de ativos

Há um ponto muito importante que não se pode ignorar para analisar se um negócio jurídico é realmente uma cessão de crédito ou não: o fato que deve haver a transmissão da titularidade da relação obrigacional. Significa dizer que o cessionário não possui apenas o direito ao resultado econômico ou à prestação oriunda daquela obrigação. Muito mais do que apenas isso, ele passa a ocupar o próprio polo ativo da relação jurídica. Veja, por exemplo, a descrição deste negócio jurídico por parte de renomados civilistas:

Emilio Betti: "[A sucessão é a] substituição de um sujeito, na relação obrigatória, em virtude de uma relação qualificadora, que instaura um nexó derivado entre sucessor e predecessor, legitimando o primeiro a ingressar em idêntica relação com a contraparte".

(...) em relação ao crédito presente, fato é que, mesmo com eventual notificação, a União jamais pagaria o crédito diretamente ao particular, e a este certamente não seria reconhecida legitimidade para cobrá-lo judicialmente da União. (grifo nosso)

(...)

De fato, fossem os ativos verdadeiramente cedidos, não existiria a necessidade de prever os repasses como uma obrigação do cedente. De nada adianta, para descaracterizar essa obrigação, a criação de "contas de custódia" para o recebimento dos valores, contas estas que serão, diga-se de passagem, de titularidade do Município. Fosse os ativos realmente alienados, bastaria uma notificação à União para que o particular pudesse receber os recursos diretamente (art. 290 do CC/02), e teria ele, inclusive, legitimidade para exercer eventual pretensão em juízo em caso de inadimplemento. Ademais, seria inteiramente legitimado para a prática de atos conservatórios do direito (art. 293 do CC/02). Evidentemente, não é o caso. (grifo nosso)

A propósito, no Processo TC 016.585/2009-0, o TCU analisou o caso da criação de Fundos de Investimento em Direito Creditórios - FIDC para a securitização da dívida ativa por entes federativos diversos, e a Secretaria de Macroavaliação Governamental (SEMAG) e o MPTCU chegaram à conclusão de que, naqueles casos específicos, **não havia alienação de ativos, mas operação de crédito, justamente porque a titularidade da relação obrigacional não era transferida ao FIDC (que não passava a ser o sujeito ativo do crédito e a ter legitimidade para cobrá-lo)**, pois esta continuava com os entes federativos, que apenas repassavam ao fundo o montante recebido. (grifo nosso)

(...)

c) A assunção de compromisso financeiro pelo cedente ou de alguma forma de assegurar que o cessionário receberá os recursos (de modo a caracterizar operação de crédito, e não de risco)

Antes de aprofundar neste tópico, é preciso que se diga que há controvérsia com relação à sua utilização como critério para se caracterizar uma operação de crédito, havendo claramente correntes que se opõem acerca do tema.

De um lado, para alguns, a assunção do compromisso financeiro futuro seria um critério utilizado pelo Direito justamente porque uma operação de crédito permite que alguém receba antecipadamente determinados recursos, assumindo, em contrapartida, alguma prestação ou compromisso futuros relacionados à garantia de sua devolução (ou de seu pagamento pelo devedor). Não por outra razão, ao definir operação de crédito no art. 29, III, a Lei de Responsabilidade Fiscal menciona se tratar de compromisso financeiro assumido em razão de inúmeras operações, que lista em caráter meramente exemplificativo.

Para além da LRF, cabe demonstrar que, entre os juristas desta primeira corrente, este seria de fato um critério utilizado pelo Direito na atualidade para distinguir as operações.

Iniciando pelos próprios documentos dos autos, tem-se que, em sua manifestação inicial, a Diretoria Jurídica da PREVI-RIO defendeu (na página 5 da peça) que o critério a ser utilizado para que uma cessão de crédito específica não se enquadre como uma operação de crédito é que não haja qualquer garantia ou compromisso financeiro por parte do cedente. No mesmo documento, citou entendimento doutrinário e da PGFN (Parecer PGFN/CAF/nº 1266/2016) em igual sentido, na linha de que a distinção fundamental seria a ausência de assunção de qualquer outra obrigação, compromisso financeiro ou garantia por parte do cedente.

Igualmente, o Município do Rio de Janeiro argumentou, no memorial enviado na ADPF nº 730 e juntado aos autos, que o presente caso não seria de operação de crédito justamente porque dar-se-ia (em suas palavras!): "sem nenhuma garantia do resultado financeiro esperado pelo possível investidor (operação de risco, portanto, não de crédito)" (fl. 02 do memorial). Ressaltou, ainda, que operações de crédito pressupõem a utilização de capital alheio mediante a promessa de pagamento por esse uso em momento posterior no tempo; enquanto que a alienação de ativos seria à vista.

Os entendimentos doutrinários citados na manifestação da Diretoria Jurídica foram novamente mencionados no pedido de revogação da tutela provisória apresentado pela Prefeitura, acrescentados de outros. Em todos eles, contudo, resta claro que a única razão pela qual os doutrinadores defendem que operações de securitização ou de alienações de ativos não seriam operações de crédito seria a ausência de responsabilidade, pelo cedente, pelo efetivo pagamento; por não haver garantia, a título do cedente, de recebimento do valor por parte do cessionário; e, principalmente, por não haver assunção de qualquer espécie de compromisso financeiro.

Entre os posicionamentos mencionados, consta o da Procuradora e Professora de Direito, Dra. Andrea Veloso Correia, que, ao analisar um caso de securitização, defendeu, em Parecer (Parecer PG/PADM/003/2015 AVC), que:

[...] a operação a ser realizada não caracteriza uma operação de crédito, tal como conceituada pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 29, III), na medida em que o ente federativo não assume qualquer responsabilidade pelo efetivo pagamento a cargo do

CONSELHEIRO-SUBSTITUTO
DICLER FORESTIERI FERREIRA
GCS-6

Processo: 40/100.879/2020
Data: 20/08/2020 Fls
Rubrica

contribuinte/devedor ou qualquer outra espécie de compromisso financeiro ou de pagamento futuro (artigo 18, parágrafo único da lei municipal).

Ainda na manifestação da própria Diretoria, consta que os Procuradores do Estado Marcos Juruena Villela Souro e Henrique Bastos Rocha também ressaltam que a ausência de caracterização da operação seria porque não há compromisso financeiro assumido pelo Erário, não havendo qualquer obrigação por parte do cedente, de modo que, se não se consumir a arrecadação dos royalties (artigo "Securitização de recebíveis de royalties do petróleo"), o risco seria do cessionário.

Em sentido similar, na petição presente, o Município apresenta entendimento da Procuradora Arícia Fernandes Correia defendendo a ausência de caracterização do negócio como uma operação de crédito justamente porque não haveria "quaisquer garantias ao cessionário quanto a eventuais perdas suas, que ficam todas por sua conta e risco".

Fora dos documentos constantes dos autos, também já houve enfrentamento deste tema. Inicialmente, e apenas a título argumentativo (já que a questão aqui não é tributária), é interessante notar que o tópico já foi abordado pela Receita Federal, na Solução de Divergência nº 09/2016 - COSIT19, que precisou delimitar o conceito de operação de crédito para fins de incidência do IOF. Em conclusão, a Receita Federal do Brasil afirmou que a caracterização da operação de crédito depende de coobrigação "ou, ausente tal cláusula de maneira expressa, o arranjo jurídico e negocial estabelecido entre as partes deve ter sido configurado de tal forma que o cedente responderá, ao final, pela eventual inadimplência do sacado-devedor original".

Ainda sobre o assunto, verifica-se que, em determinada oportunidade (Parecer nº 463/2016), ao analisar a operação de securitização da dívida ativa, a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal também já teve a oportunidade de afirmar que:

[...] o oferecimento de garantia (ou instrumentos assemelhados) pode ser transformado em operação de empréstimo se essas garantias forem excessivas. Por exemplo, suponha que a taxa normal de recuperação de tributos é de 60%. Um governante pode oferecer seguro, garantindo recuperação de 80%. Esses 20% de diferença aproximariam bastante de uma operação de empréstimo. Sabe-se que, com elevadíssima probabilidade, o cedente terá de devolver ao cessionário o valor correspondente a 20% da carteira. Dessa forma, o governante receberia hoje o valor e deixaria a dívida (correspondente aos 20% da dívida ativa que não foram recuperados) para seus sucessores [...].

E a Comissão continua, mencionando precisamente, e no mesmo sentido da Receita Federal, que não é preciso que se trate de garantir a operação no sentido jurídico do termo, podendo se tratar, inclusive, de uma garantia implícita:

[...] deve-se evitar a garantia implícita de rendimento aos investidores. Isso porque, quando existe esse tipo de garantia, a operação, do ponto de vista dos investidores, transforma-se em algo muito semelhante a um empréstimo, que irá render uma taxa pactuada previamente, como a taxa DI (ou a taxa de inflação), acrescida de um spread determinado.

Portanto, quando se menciona a presença ou não de garantias, não se trata de garantia do ponto de vista jurídico, como aquelas reais ou pessoais, mas sim a referente ao recebimento do credor, independentemente dos instrumentos envolvidos. Em outros termos, significa obrigar-se, de algum modo, e sem que isso dependa da estruturação jurídica de cada operação, a fazer com que o

cessionário receba o montante pretendido quando antecipou os recursos. Assim, se houver algum arranjo que permita ao ente praticamente assegurar o recebimento do rendimento pelo investidor, é possível enquadrar a operação como sendo de crédito (pois assumirá um compromisso financeiro equivalente a este rendimento para tanto).

Sobre essa questão, e ainda que se trate de operação com algumas características distintas (pois, afinal, a relação obrigacional não apenas já existia, como os créditos nestas operações já estavam inclusive vencidos), é relevante mencionar que o Tribunal de Contas da União acabou por enfrentar o tema da securitização da dívida ativa, no Processo nº 016.585/2009-0, tendo de decidir se o quadro era de operação de crédito ou não. No caso concreto, buscava-se a alienação da receita futura de títulos das respectivas dívidas ativas decorrentes de créditos tributários vencidos e não pagos, realizadas por meio de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios Não Padronizados (FIDC-NP), pelos Municípios de Belo Horizonte e Nova Iguaçu, bem como pelo Distrito Federal (e, ao longo da instrução, igualmente do FIDC de Saneamento Ambiental e Infraestrutura de São Paulo e a possível cessão da dívida ativa de Goiás).

O TCU ainda não decidiu acerca do mérito do processo, mas, no relatório do Acórdão nº 772/2016, transcreveu-se posicionamento do Ministério Público de Contas junto ao TCU, que caracterizou a operação como sendo de crédito, submetendo-a ao regramento da LRF e da Resolução nº 43/200120. Foram utilizados diversos argumentos, mas destaca-se, no que importa a este tópico, que a caracterização do negócio como operação de crédito ocorre porque **o termo compromisso financeiro da LRF deve ser interpretado de forma ampla (em razão da cláusula analógica de "outras operações assemelhadas"), para incluir os casos em que a possibilidade de não recebimento dos valores esperados pelo investidor seria meramente teórica (como é o caso da operação pretendida pelo Município).** (grifo nosso)

Naquela ocasião, ao analisar a operação relativa ao FIDC do Município de Belo Horizonte, o MPTCU deixou claro que o seu entendimento era fundado no fato de que a cláusula por meio da qual o Município não se responsabilizava por eventuais oscilações negativas no fluxo de caixa era meramente formal. Nas palavras do Procurador do TCU, que merecem transcrição por sua didática:

É fato que, do ponto de vista meramente formal, o município não se responsabilizou por eventuais oscilações negativas no fluxo de caixa esperado (Parecer PGFN/CAF 2900/2007 – peças 2, p. 15, e 14, pp. 34/8), nem assumiu obrigação de substituir créditos que porventura viessem a ser cancelados ou modificados, a exemplo da previsão normativa do Convênio ICMS 104/2002 (peça 13, pp. 10/23). Diz-se do ponto de vista meramente formal, porquanto a realidade econômica da operação revela, a toda evidência, que a possibilidade de não haver a arrecadação esperada para o fundo é meramente teórica, utilizada como figura de retórica e de convencimento, uma vez que o volume assoberbado de créditos tributários inscritos em dívida ativa postos à disposição do fundo, da ordem de R\$ 4,9 bilhões, e o fluxo de recebimentos dele advindo garantiam com larguíssima folga, de forma superabundante, o recebimento dos valores esperados pelo fundo. Com tal montante de créditos postos à disposição do fundo, com o conhecimento da consistente e crescente série histórica de recebimentos e com, ainda, a satisfação prioritária do compromisso

assumido junto ao fundo, por meio da canalização dos recursos recebidos pelo Banco do Brasil diretamente para a conta transitória e repasse para o município apenas do valor excedente, não havia e não há o menor risco para o fundo.

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

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

No caso presente, relativo ao negócio jurídico pretendido pelo Município do Rio de Janeiro, a Administração justifica a conclusão de que não seria uma operação de crédito nas seguintes razões: (a) "porque não se está a conferir garantia de que o cessionário, ao final do período contratual, receba a integralidade dos fluxos desejados, na hipótese de queda do valor dos fluxos atualmente previstos"; e (b) porque, supostamente, o Município não se endividaria com a operação, ou seja, não assumiria qualquer obrigação futura com a operação.

Com relação ao segundo item, já foi demonstrado no tópico anterior que o Município assume a obrigação de repassar futuramente os valores (inclusive com cláusula contratual expressa nesse sentido), até porque a titularidade da relação jurídica obrigacional não está sendo transmitida ao particular. No entanto, resta enfrentar o primeiro argumento municipal, que diz respeito justamente à questão de se assegurar o rendimento pretendido pelos investidores.

Para sustentar o seu argumento de que isso não existiria, o Município alegou que a cláusula quarta, parágrafo quinto, da minuta de contrato prevê o seguinte:

Parágrafo Quinto - Se o montante devido ao cessionário não for pago até o último dia do prazo do contrato, em razão da insuficiência na arrecadação de royalties, o cessionário deverá arcar com o prejuízo, não havendo qualquer garantia em favor do cessionário, responsabilizando-se o cedente pela existência do crédito apenas na vigência do contrato, nos termos do art. 295 do Código Civil. Sendo assim, o cedente interromperá imediatamente a transferência de fluxos financeiros, inclusive os previstos no parágrafo quarto, ao término do prazo contratual, ainda que o cessionário não tenha recebido a totalidade do valor nominal do fluxo pretendido em seu lance.

Contudo, há ao menos outros quatro fatores que demonstram que essa cláusula é meramente formal, e, materialmente, não é capaz de afastar a natureza jurídica de operação de crédito deste negócio. (grifo nosso)

Em primeiro lugar, tem-se que o Item 16 do Edital apresenta o arcabouço de organização financeira do modelo. Segundo ali descrito, as receitas de participação pagas pela União seriam depositadas (100%) em “contas de custódia” de titularidade do Município, a partir da qual se transferiria automaticamente o pagamento trimestral combinado. O “excedente” caberia ao Município. Considerando que o ente municipal apenas fica com o remanescente, tem-se que **existe, para o investidor, um direito de prioridade no recebimento de seus recursos, já com a rentabilidade pretendida.** Dessa forma, fica evidente que o modelo foi construído para

estabelecer uma ordem de preferência no direcionamento da receita. (grifo nosso)

O segundo fator a ser apontado, que possivelmente é ainda mais importante, é que, **segundo o Item 16.5, caso o fluxo financeiro não alcance a parcela trimestral combinada, os valores subsequentes devem ser repassados ao adjudicatário, mensal e automaticamente, até compensar a insuficiência de pagamento.** Em outros termos, os meses nos quais não haveria o pagamento ao investidor serão utilizados precisamente para compensar o particular até o montante do fluxo pretendido, caso o valor trimestral não alcance o pretendido. Com a devida vênia a quem defende o entendimento oposto, mas isso é evidentemente assegurar a rentabilidade do investidor. (grifo nosso)

Dependendo da proporção, na hipótese de um modelo que direcione um percentual diminuto diante do total a ser arrecadado, somando-se a preferência de pagamento conforme já destacado, haveria subsídio suficiente para apontar a existência de uma garantia intrínseca ao negócio, lembrando que esta pode ser explícita ou implícita na operação

É importante que se diga que cláusulas como a presente, de proteção ao investidor, e de altíssimo risco para o ente federativo, já foram, inclusive, combatidas por parte do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, com relação a operações realizadas naquela esfera, bastando que se ressalte que, na fl. 124 da Prestação de Contas de Governo de 2016 (TCE/RJ Processo nº 101.576-6/17), consta informação de que o Governador e o Diretor-Presidente do Rioprevidência foram notificados para apresentar defesa em razão da previsão de cláusulas deste gênero (além de terem realizado uma operação de antecipação de royalties com uma taxa que acabou saindo mais cara do que os juros de um financiamento tradicional). (grifo nosso)

O terceiro fator que demonstra que a cláusula invocada pelo Município é meramente formal é o fato de que somente não haverá responsabilização caso, após todo o prazo do contrato, haja algum déficit. Veja que o fluxo trimestral, a princípio, é garantido, até pela compensação mensal já referida anteriormente. **Somente se, após todo o prazo contratual, o próprio fluxo trimestral somado a essa compensação não forem suficientes ao atendimento da rentabilidade pretendida, é que o Município não se responsabilizaria.** (grifo nosso)

Esta hipótese torna-se meramente teórica quando somada ao quarto fator, que é o fato de o contrato poder chegar ao prazo de 30 (trinta) anos (sendo o vencedor na licitação exatamente o maior prazo), período no qual o Município provavelmente terá arrecadado incontáveis vezes mais do que qualquer fluxo esperado pelos investidores, ao menos tomando-se por base o Balanço Financeiro Consolidado constante da Prestação de Contas de Governo de 2019 (divulgado por meio da Resolução CGM nº 1.632/2020). São quatro os fatores que tornam a cláusula acima meramente formal, e que garantem a rentabilidade do investimento do particular, portanto: (a) o direito de prioridade do investidor com relação a quaisquer recursos recebidos; (b) a compensação mensal caso o fluxo trimestral não alcance o pretendido; (c) o fato de que esta cláusula só retira a responsabilidade municipal caso o fluxo não alcance o montante pretendido após o prazo contratual inteiro, já considerando o direito de prioridade e a compensação

mensal; e (d) a constatação de que o Município arrecada inúmeras vezes mais do que este valor, levando-se em conta um prazo de até 30 (trinta) anos. **Somados, não há dúvidas de que o investidor possui a garantia de retorno não só do seu capital, mas igualmente da rentabilidade pretendida, o que, mesmo segundo a corrente até agora abordada, é o suficiente para caracterizar o negócio como operação de crédito, conforme demonstrado exhaustivamente.** (grifo nosso)

Mas, ainda que assim não fosse (hipótese meramente argumentativa, diante do enorme quantitativo de dados levantados anteriormente), é preciso que se mencione que existe entendimento no sentido de mesmo esse compromisso financeiro seria dispensável. Foi o que decidiu expressamente o Supremo Tribunal Federal na ADI 1.763, ao caracterizar o *conventional factoring* como operação de crédito, mesmo quando contratado em caráter *pro soluto* (sem a responsabilização pela adimplência). Assim, segundo esta decisão, bastaria, para a caracterização de uma operação de crédito, a antecipação onerosa, para o presente, da disponibilidade de recursos que só seriam obtidos futuramente.

(...)

d) A possibilidade de dispor, no momento presente, de recursos ou bens que só seriam obtidos futuramente (e a questão da TIR no presente caso)

Conforme se antecipou, o STF já teve a oportunidade de afirmar, ao julgar a ADI 1.763, que o essencial na caracterização de uma operação de crédito é precisamente a antecipação de bens ou recursos que ele só obteria no futuro.

(...)

A propósito, e, conforme já se antecipou, a utilização da TIR como critério de julgamento revela, na prática, a busca pelos menores juros para a operação, ainda que os conceitos não sejam sinônimos. (...)

Significa dizer que a Administração Municipal está, na prática, utilizando como critério a menor taxa de juros aliada ao maior prazo contratual, e a única razão para não colocar como parâmetro unicamente os juros está no fato de que as propostas apresentarão prazos contratuais distintos, e isso será levado em consideração no julgamento. Se a operação tivesse um prazo pré-definido, o critério seria unicamente a menor taxa de juros.

(...)

O que não deve haver dúvidas, após a apresentação de todos os critérios mencionados, é que se trata, efetivamente, de uma operação de crédito a ser regida pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pela Resolução nº 43/2001.

Na sequência, a d. Procuradoria Especial, **item II.5 do Parecer (pag. 39)**, analisa detalhadamente o argumento da Jurisdicionada de que o STF teria, na ADI nº 3786/DF, firmado entendimento que a cessão de crédito não se confunde com a operação de crédito e, portanto, não estaria sujeita às normas da LRF sobre endividamento. **Note-se que a ADI em questão tratava da constitucionalidade da Resolução nº 33/2006 do Senado Federal, que autorizava a cessão a instituições financeiras, por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de sua dívida ativa consolidada, para cobrança por endosso-mandato.**

Ocorre que, como demonstrado pelo i. Procurador, o endosso-mandato, conforme decidido pelo STF, realmente não constitui operação de crédito, **mas tem, alegadamente, características completamente diferentes da operação pretendida pela Municipalidade.** Por essa razão, não seria possível afirmar que o precedente em questão serve ao propósito de caracterizar a antecipação das receitas de *royalties* como cessão de direito.

Em complemento ao argumento supracitado, a d. Procuradoria Especial traz, **no item II.6 do Parecer (pag. 41)**, entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI nº 1763/DF, que admitiu a caracterização da atividade de *factoring* como operação de crédito para fins de incidência do IOF. Nesse diapasão, **o i. Procurador defende que, se por um lado, a antecipação das receitas de royalties em nada se assemelha ao endosso-mandato (ADI 3786/DF), por outro lado, a operação pretendida pelo Município, estruturalmente, muito se aproxima do conventional factoring, que foi caracterizado pelo STF de forma indubitável como operação de crédito.**

Por fim, a d. Procuradoria Especial, em prosseguimento, analisa, no **item II.7 do Parecer (pg. 44)**, a legitimidade da operação à luz da LRF e da Resolução nº 43/2001 do Senado Federal e traz, no **item II.8 do Parecer (pag. 48)**, importante Jurisprudência em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerou a antecipação dos fluxos financeiros, decorrentes do art. 20, §1º, da CRFB, como operação de crédito. Reproduz-se, a seguir, as partes mais importantes do primeiro desses dois tópicos:

7) Da análise acerca da legitimidade da operação à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Resolução nº 43/2001 do Senado Federal

Inicialmente, é preciso que se diga que a caracterização deste negócio como uma operação de crédito não significa que ele é inerentemente ilegal, mas apenas que ele deve obediência a todos os regramentos da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Resolução nº 43/2001.

(...)

A propósito, há dois pontos importantes que devem ser considerados no art. 29, III, da LRF, que dispõe o seguinte:

*III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e **outras operações assemelhadas**, inclusive com o uso de derivativos financeiros; (grifo nosso)*

O primeiro desses aspectos é a indicação de que o conceito na LRF é meramente exemplificativo, com margem ao enquadramento de seu regramento a outras operações assemelhadas, de modo que o essencial não é a sua previsão de forma típica na LRF, mas sim o enquadramento de sua natureza jurídica como tal segundo os critérios apresentados nos tópicos

CONSELHEIRO-SUBSTITUTO
DICLER FORESTIERI FERREIRA
GCS-6

Processo: 40/100.879/2020
 Data: 20/08/2020 Fls
 Rubrica

anteriores deste Parecer. O fato de o art. 37, I, prever que a pretensão de ceder créditos tributários antes da ocorrência do fato gerador se equipara a uma operação de crédito apenas reforça este argumento.

Caracterizado o negócio como operação de crédito, é importante frisar que o Ministério da Fazenda deverá verificar, ainda, o cumprimento dos limites e condições relativos à realização das operações de crédito para cada ente da federação, observados os limites e condições fixados pelo Senado Federal (Art. 32, caput e §1º, III da LRF). Tal medida foi implementada pela Lei, a fim de prevenir o excesso de endividamento dos entes federativos, evitar o desequilíbrio orçamentário e preservar a ordem financeira estatal.

(...)

Finalmente, tem-se que é a partir do direcionamento e limites impostos pela LRF que o Senado Federal atua definindo os limites globais e condições para as operações de crédito. No cumprimento de sua competência, editou, então, a Resolução SF nº 43/2001, que prevê o seguinte:

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

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

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

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

Art. 15. É vedada a contratação de operação de crédito nos 120 (cento e vinte) dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Poder Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município.

Devendo obediência a essas normas, que devem ser lidas de forma conjugada (v. Capítulo 3 da Fundamentação deste Parecer), não restam dúvidas de que a contratação pretendida está vedada neste momento, por estarmos dentro do período de até 120 (cento e vinte) dias anteriores ao término do mandato. Portanto, ainda que se busque afastar a característica de despesa, esforçando-se para evitar a incidência do art. 42 da LRF (embora isso não ocorra, conforme constatado), a aplicação do art. 15 da Resolução SF nº 43/2001 é inquestionável. (grifo nosso)

Por todo o exposto, a Procuradoria Especial opina por **determinação** para que a Administração Municipal: 1) promova a interrupção definitiva do procedimento licitatório suspenso, 2) se abstenha futuramente de efetivar a operação objeto do Pregão Presencial PP/SMF nº 01/2020, ou outras operações assemelhadas, salvo se cumpridos todos os critérios inerentes às operações de crédito, conforme indicado neste parecer; e 3), subsidiariamente, caso este TCM entenda que a presente operação é viável, que se determine que não seja utilizada a modalidade licitatória do pregão, em razão dos problemas apontados no Parecer.

Por fim, destaque-se que, em 05/11/2020, a Procuradoria Geral do Município reencaminhou, à Presidência do TCMRJ, o Ofício PG/CG nº 153/2020 (objeto do e-memo. nº 372/2020). Trata-se de peça já constante dos autos, previamente autuada como peça P015 e exaustivamente abordada pela Procuradoria Especial e pela CAD. Por isso, entende-se que é desnecessário efetuar nova tramitação do processo ao Corpo Instrutivo, dado que o documento em tela não traz nenhum fato ou argumento novo.

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, esclareço que atuo no feito em substituição ao Exmo. Sr. Conselheiro Felipe Galvão Puccioni, em decorrência da convocação proferida na 14ª Sessão Ordinária à distância, realizada em 29/07/2020.

Trata-se de Representação subscrita pelo Exmo. Sr. Vereador Átila A. Nunes e pelo Exmo. Sr. Vereador Carlo Caiado. Os parlamentares se insurgiram contra a publicação do ato que autorizou a abertura do Pregão Presencial PP/SMF nº 01/2020, com o seguinte objeto:

Alienação, por meio de cessão definitiva, de parte do fluxo obtido pelos direitos econômicos relativos às receitas municipais futuras provenientes dos créditos de Royalties e Participações Especiais pela exploração de Petróleo e Gás Natural, a que o Município do Rio de Janeiro faz jus por força do disposto no §1º do art. 20 da Constituição da República.

A operação pretendida pelo Município consiste em auferir, de forma imediata, a quantia de R\$ 1 bilhão, por meio da seleção de instituição que, em contrapartida, terá direito a receber, por um período de 07 a 30 anos⁴, parcelas que cabem ao Município em função do disposto no art. 20, § 1º, da Constituição Federal⁵.

Conforme se depreende do Relatório que precede este voto, se, por um lado, os autores da Representação e o Corpo Instrutivo defendem tratar-se de operação de crédito, por outro

⁴ Conforme item 10 do Termo de Referência: 10. DETERMINAÇÃO DO VENCEDOR 10.1. O certame selecionará o licitante cuja proposta resultar na menor Taxa Interna de Retorno (TIR) calculada pela combinação de: i) menores parcelas trimestrais a serem retidas no fluxo de receitas oriundo de Royalties e Participações Especiais, durante o prazo contratual; e ii) maior prazo contratual para a operação, com mínimo de 7 (sete) anos e máximo de 30 (trinta) anos.

⁵ Art. 20. São bens da União: (...) § 1º É assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 102, de 2019)

lado, a Prefeitura entende tratar-se de uma alienação de ativo por meio de cessão definitiva de créditos.

Tal diferenciação, entre os institutos da alienação de ativos e da operação de crédito, é fundamental para o julgamento da pretensão dos autores, eis que, tratando-se de operação de crédito, estaria a operação indubitavelmente sujeita à limitação temporal trazida pelo art. 15 da Resolução do Senado Federal n.º 43/2001 (120 dias anteriores ao final do atual mandato do Chefe do Poder Executivo). Ademais, a caracterização de operação de crédito ensejaria prévia verificação do cumprimento dos limites legais por parte do Ministério da Fazenda (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, art. 32⁶).

Note-se que analisar o ato administrativo sob exame e classificar a operação pretendida pela Municipalidade, a partir da sua essência, é tarefa extremamente complexa e que perpassa, necessariamente, pelo diálogo entre, pelo menos, três campos de conhecimento ou formação, quais sejam, jurídico, contábil e financeiro.

I- DA JURIDICIDADE

Preliminarmente, entende-se por pertinente iniciar o exame de mérito desta Representação pela abordagem da **juridicidade** do ato. Explica-se: dentro de um contexto de constitucionalização da administração pública, há entendimento doutrinário e jurisprudencial, amplamente reconhecido pelos Tribunais Superiores, que aplica o princípio da legalidade não apenas como adequação à lei formal, superando a tradicional legalidade estrita, mas também como adequação a todo o Direito (ordenamento jurídico e, principalmente, a Constituição Federal e seus princípios).

No livro “Uma Teoria do Direito Administrativo”, o autor Gustavo Binenbojm explica que, a partir da **juridicidade**, a atividade administrativa passa a ter como parâmetro de compatibilidade não apenas a lei, mas qualquer norma jurídica, revista-se ela da natureza de norma-regra ou norma princípio. Desse modo, o ato administrativo pode “*ser baseado diretamente da Constituição ou para além da lei e também contra a lei, desde que*

⁶ 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.

fundamentada numa ponderação da legalidade com otimizada aplicação dos princípios constitucionais”⁷.

No presente caso concreto é importante destacar o **princípio da motivação**, extraído da Constituição Federal⁸, e que impõe à Administração Pública a obrigatoriedade de fundamentar o ato praticado, bem como o dever de indicar os pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão.

Nesse diapasão, considerando que a motivação dos atos administrativos é garantia decorrente da Constituição Federal (art. 1º: Estado Democrático de Direito, art. 3º: Princípio Republicano, e art. 37, *caput*: princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), **a Jurisprudência entende que integra o bloco de juridicidade do ato a explicitação das razões que levaram a Administração Pública à sua prática.** Observe-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROFESSOR. REGIME ESPECIAL DE TRABALHO. CONVOCAÇÃO. REVOGAÇÃO EX OFFICIO. LEI 6.672/1974 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280 DO STF. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APLICAÇÃO DE PRECEDENTE DESTA CORTE PROFERIDO NA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. Decisão: Trata-se de agravo nos próprios autos objetivando a reforma de decisão que inadmitiu recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão que manteve decisão monocrática de seguinte teor, in verbis: "APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MAGISTÉRIO ESTADUAL. CONVOCAÇÃO PARA REGIME ESPECIAL DE TRABALHO. DESCONVOCAÇÃO. POSSIBILIDADE. - Administração Pública e Princípios Constitucionais - **A constitucionalização da Administração Pública determina a aplicação dos artigos 1º, 3º e 37, 'caput', da Constituição Federal, ao âmbito do exercício de toda competência**

⁷ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁸ Em se tratando de ato administrativo, há referência à motivação nos seguintes enunciados da Constituição Federal: (i) art. 93, X; e (iii) art. 169, § 4º.

CONSELHEIRO-SUBSTITUTO
DICLER FORESTIERI FERREIRA
GCS-6

Processo: 40/100.879/2020
 Data: 20/08/2020 Fls
 Rubrica

administrativa. Os princípios e os direitos fundamentais são relevantes no controle substancial das atividades da Administração Pública, submetida à legalidade e à unidade de sentido dos demais princípios. O controle de juridicidade administrativa qualificada exige submeter os atos administrativos ao Direito, conforme precedentes do STF e do STJ. - Mérito - O art. 117 da Lei nº 6.672/74, prevê as convocações e desconvocações do servidor para o exercício do regime diferenciado. (...) (grifo nosso) (STF - ARE: 986460 RS - RIO GRANDE DO SUL 0146102-25.2016.8.21.7000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 31/03/2017, Data de Publicação: DJe-068 05/04/2017)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA. REMOÇÃO EX OFFICIO. ATO ADMINISTRATIVO SEM QUALQUER REFERÊNCIA AOS MOTIVOS QUE LHE DERAM ENSEJO. ILEGALIDADE. INOBSERVÂNCIA DO ART. 50, I, DA LEI 9.784/99. MOTIVAÇÃO APRESENTADA SOMENTE NAS INFORMAÇÕES EM QUE **NÃO HÁ CONGRUÊNCIA ENTRE O MOTIVO E A FINALIDADE DO ATO**, ALÉM DE EVIDENCIAR ELEVADO GRAU DE SUBJETIVISMO À REVELIA DE CONCRETA DEMONSTRAÇÃO DE QUE A TRANSFERÊNCIA ATENDE A ALGUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 26, II, DA LEI ESTADUAL 4.122/99. ATO ADMINISTRATIVO QUE, APESAR DE DISCRICIONÁRIO, SUJEITA-SE AO **CONTROLE DE JURIDICIDADE**. PRECEDENTES. 1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança contra ato do Secretário da Segurança Pública do Estado de Sergipe que determinou a remoção ex officio do Delegado de Polícia impetrante sem a correspondente motivação. **2. Integra o bloco de juridicidade do ato administrativo - ainda que discricionário - a explicitação das razões que levaram a Administração Pública à sua prática.** Precedentes. 3. No caso concreto, a Portaria 419/2011 não trouxe qualquer referência ou mesmo informação remissiva à ata do Conselho Superior para permitir ao Delegado removido saber o motivo e a finalidade de sua transferência. Ilegalidade revelada pela inobservância do disposto no art. 50, I, e § 1º, da Lei 9.784/99. 4. **Ademais, a fundamentação apresentada nas informações evidencia desvio de finalidade pela incongruência entre o motivo e o objetivo do ato de remoção,** cuja justificativa está marcada por generalismos e subjetivismos que identificam a presença de interesse público a partir de ilações sobre prejuízos que futuramente poderiam advir do serviço policial. Data venia, não pode a Administração Pública aferir aprioristicamente se as ações policiais serão ou não prejudicadas pelas diferenças profissionais entre o Delegado impetrante e seu coordenador. Ou se se comprova concretamente a efetiva existência de prejuízo ao serviço público, ou não passam de um juízo de mero subjetivismo que não se compatibiliza com o princípio constitucional da impessoalidade considerações sobre transtornos futuros, eventuais e incertos - que poderão ocorrer ou não. 5. Por outro lado, a transferência operada na espécie não atende às previsões do art. 26, II da Lei Estadual 4.122/99, que estabelece a remoção ex officio ou "por interesse do serviço" ou "por conveniência da disciplina", não tendo sido comprovada nenhuma das situações. Não havendo demonstração concreta sobre a forma como os

desentendimentos entre o impetrante e seu coordenador afetam o serviço, e inexistindo instauração de processo disciplinar, a remoção se mostra ilegal em qualquer dessas duas hipóteses. Impõe-se, pois, reconhecer a violação do direito líquido e certo do impetrante em ser removido apenas nos casos determinados por lei - art. 26 da Lei Estadual 4.122/99 - mediante ato administrativo devidamente motivado, elementos esses não presentes in casu. 6. **O ato administrativo discricionário sujeita-se à sindicabilidade jurisdicional de sua juridicidade. Não invade o mérito administrativo - que diz com razões de conveniência e oportunidade - a verificação judicial dos aspectos de legalidade do ato praticado.** Precedentes. 7. Recurso Ordinário provido. (STJ - RMS: 37327 SE 2012/0049507-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 20/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2013) (grifo nosso)

Em suma, o controle de juridicidade do ato administrativo, **que impõe a compatibilidade com o ordenamento jurídico como um todo**, passa, necessariamente, tendo em vista o **princípio constitucional da motivação**, pela análise das razões que levaram a Administração à sua prática.

Sendo assim, é importante trazer à baila a **Teoria dos Motivos Determinantes**, segundo a qual, quando a Administração declara a motivação de um ato administrativo, a validade do ato fica vinculada à existência e à veracidade dos motivos apresentados como fundamentação. A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello traz lição esclarecedora:

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação dos “motivos de fato” falso, inexistente ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto essa obrigação de enunciá-los, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

Nesse contexto, é importante destacar que consta dos autos informação da Secretaria Municipal de Fazenda de que o “**objetivo imediato da cessão de direitos é o de incrementar a posição financeira e a liquidez dos ativos do Fundo de Previdência do Município do Rio de Janeiro – FUNPREVI.**”

Além disso, segundo manifestação subscrita pelo Diretor Jurídico do Previ-Rio, peça P015, a operação pretendida se presta à **capitalização do Fundo de Previdência do Município**, até porque, por força do art. 5º, inciso VI, alínea “a”, da Resolução do Senado

nº 43/2001⁹, apenas nessa hipótese a operação pretendida seria permitida para além do mandato do chefe do Poder Executivo.

Entretanto, algumas reportagens veiculadas pela mídia informaram que os recursos obtidos com a possível antecipação de receitas de Royalties seriam necessários para que setores como saúde e educação não fossem prejudicados pela queda de arrecadação decorrente da pandemia.¹⁰

Ora, na esteira da doutrina e da jurisprudência supracitadas, se o recurso obtido com a antecipação de receitas de Royalties for utilizado em setores como saúde e educação, ou seja, em finalidade diversa da capitalização do fundo de previdência, **ocorrerá desvio de finalidade (na modalidade tredestinação¹¹) pela incongruência entre o motivo e o objeto do ato administrativo.** Uma vez externados os motivos de fato e de direito que geraram a produção do ato, a autoridade fica vinculada àqueles motivos, sob pena de praticar um ato antijurídico. Se o motivo da operação é aumentar a liquidez do fundo de previdência, não é permitido que se queira, posteriormente, com esse mesmo ato, fazer frente a uma outra necessidade da Prefeitura.

Em relação ao caso em tela, também podemos citar outro exemplo. Quando se busca antecipar cerca de 1 bilhão de reais a título de Royalties, não se mostra razoável propor medidas (renúncia de receitas) que ocasionem uma queda na arrecadação municipal exemplificadas pela redução do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU)¹². A própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 14, caput, incisos I e II, faz referências explícitas a condições para a concessão de renúncias de receitas:

⁹ Art. 5º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

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

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

¹⁰ Entrevistas veiculadas nos seguintes endereços eletrônicos:

- <https://istoe.com.br/crivella-busca-em-guedes-apoio-para-antecipar-r-1-bilhao-de-royalties/>

- <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/10/07/dois-meses-antes-de-encerrar-mandato-crivella-pede-r-1-bilhao-antecipado-a-uniao.ghtml>

¹¹ Em Direito Administrativo, tredestinação é a ação de dar destino diverso do originário. Por exemplo, sempre que um bem é desapropriado pelo Estado, e a este bem é dado destino diverso do originário, estaremos diante de uma situação de tredestinação.

¹² Matéria jornalística veiculada no seguinte endereço eletrônico: <https://extra.globo.com/noticias/camara-do-rio-suspende-tramitacao-de-pacote-de-bondades-de-crivella-24736847.html>

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Conforme consta em informações preliminares do relatório já apresentado, e que serão mais minuciosamente detalhadas nos itens a seguir neste voto, não parece atender ao **princípio da razoabilidade** a intenção de um pacote de incentivos fiscais nas contas públicas, isto é, renúncia de receitas, diante da necessidade de realização de uma operação como a em tela na presente discussão (operação de crédito). Observe-se o que a Lei de Responsabilidade Fiscal, no art. 14, §2º, trouxe como definição do que compreende a renúncia de receita:

A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

Por fim, corroborando com todo o exposto, nas palavras de Carvalho Filho (2019, p 120), a razoabilidade “*é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade.*” (grifos nossos).

II- DA DISTINÇÃO ENTRE OPERAÇÃO DE CRÉDITO E A ALIENAÇÃO DE ATIVO / CESSÃO DE DIREITOS

A diferenciação em epígrafe, como já dito, é de extrema importância para a definição da legislação aplicável à operação pretendida pela Municipalidade. O tema foi exaustivamente analisado pela CAD e pela Procuradoria Especial, tendo sido examinado tanto pela ótica jurídica, quanto contábil e financeira.

Note-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal, voltada especificamente para prevenção de riscos e correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, no art. 29, inciso III, trouxe a seguinte definição de operação de crédito:

compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e **outras operações assemelhadas**, inclusive com o uso de derivativos financeiros

Percebe-se, portanto, que a LRF impõe ao Administrador e aos Órgãos de Controle uma visão ampla do que constitui uma operação de crédito. No mesmo diapasão, é a doutrina do i. Professor e Desembargador Federal Marcus Abraham¹³, *in verbis*:

As operações de crédito são conceituadas pela LRF de maneira ampla e não taxativa, como sendo os compromissos financeiros assumidos em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes de venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros. Equiparam-se, ainda, à operação de crédito, a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação (§1º). (grifo nosso)

Por outro lado, como muito bem demonstrado pela douta Procuradoria Especial, a **cessão de crédito é o negócio jurídico no qual uma das partes contratantes transfere a terceiros seus direitos em uma relação jurídica obrigacional**. Assim, dependerá sempre do surgimento / da existência do próprio direito que se pretende transmitir. Nesse sentido, vale a pena destacar, mais uma vez, lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald no sentido de que “*os fenômenos da cessão de crédito, assunção de débito e cessão de contrato se sucedem após a gênese da obrigação.*”¹⁴

Note-se, portanto, conforme doutrina civilista unânime (reproduzida às págs. 16/17 da peça P051), que, caso não exista relação jurídica obrigacional, é impossível haver cessão de direito, eis que ninguém pode transferir mais do que possui. Por isso, convém, a luz do conceito e doutrina citados, aprofundar a análise acerca da existência do direito que se pretende ceder.

II.1 – Sobre a existência do direito e, consequentemente, do ativo que se pretende alienar.

¹³ Abraham, Marcus. Lei de responsabilidade fiscal comentada -2 ed., ver e ataul. /Marcus Abraham – Rio de Janeiro. Forense, 2017

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: obrigações. 13ª ed. Salvador. Ed. Jus Podvium, 2019, p. 372.

De início merece ênfase a conclusão lógica de que a cessão de direitos depende, necessariamente, da existência do direito que será transferido. Nesse sentido, a d. Procuradoria Especial trouxe entendimento de diversos civilistas que esclarecem que a existência da relação jurídica obrigacional precisa ser anterior à cessão. Veja a lição de Caio Mario da Silva Pereira:

Como envolve a alienação de direitos, a cessão de crédito deve ser encarada subjetiva e objetivamente. Subjetivamente, não pode ceder seu crédito aquele que não tem o poder de disposição, seja em termos genéricos (incapacidade), seja especificamente em relação ao próprio direito cedido. **Objetivamente, a cessão não ultrapassa o conteúdo do próprio crédito, dizendo-se que ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que tem – nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.** (grifo nosso)¹⁵

Por isso, como já dito, é imperioso perquirir quando nasce para a Prefeitura a relação jurídico obrigacional com a União, que daria suporte à cessão de direito. Sobre esse ponto, coaduno-me ao entendimento do Corpo Instrutivo no sentido de que a legislação que regulamenta do art. 20, parágrafo 1º, da Constituição Federal, já elucidou a questão. O artigo 7º, do Decreto 01/1991, que regulamentou o art. 8º¹⁶, da Lei nº 7.990/1989, dispõe o que segue:

Constitui **fato gerador** da compensação financeira devida pela exploração de recursos minerais **a saída por venda do produto** mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provêm, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre **após a última etapa do processo de beneficiamento adotado** e antes de sua transformação industrial.

Assim, diante do arcabouço legal supracitado, no que se refere à propriedade decorrente dos recursos minerais (tais como o petróleo e o gás natural), pode-se inferir que, enquanto para a União basta a certificação da existência dos mesmos para que se afirme que é proprietária de algo (art. 20, IX), no caso de Estados, Distrito Federal e Municípios, só se pode falar em propriedade de algo (participação) a partir do momento em que se dê a efetiva ocorrência do **fato gerador**, qual seja, a exploração da riqueza mineral (art. 20, § 1º).

Em arremate, não se pode admitir a existência de qualquer direito a recebimento de royalties antes da efetiva exploração do petróleo, ainda que a participação contenha previsão constitucional. O fluxo futuro de ingresso financeiro decorrente da previsão contida no § 1º do

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. 2 (Teoria geral das obrigações). 21ª ed (Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama). Rio de Janeiro: 2006, p. 407.

¹⁶ Aduz o artigo que “o pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do **fato gerador**, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal.”

art. 20 da CF/88, objeto do pregão em tela, não constitui, no momento, uma efetiva propriedade do Município.

A lógica aludida até então vai ao encontro da fundamentação constante da manifestação da CAD (peça P046) que, a partir de uma lógica contábil, também conclui que o fluxo financeiro futuro a ser recebido pela exploração de petróleo ainda não constitui uma efetiva propriedade do Município.

O Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público – MCASP, em sua 8ª edição, aprovada pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN por meio da Portaria n.º 877/2018 (Parte II.2.1.1 – pág. 144), **define “Ativo” como um recurso controlado no presente pela entidade como resultado de evento passado.** Assim, o reconhecimento de qualquer fato como Ativo da entidade pressupõe necessariamente que suas características satisfaçam integralmente tal definição.

Ainda no âmbito das disposições normativas exaradas pela Secretaria do Tesouro Nacional, cabe ressaltar o que consta na Instrução de Procedimentos Contábeis – IPC n.º 14, que versa sobre os RPPS’s, com relação ao registro contábil dos direitos atrelados aos royalties:

167. No MCASP, para que o recurso seja considerado como ativo, deve estar relacionado à evento passado. No caso dos royalties, está vinculado a exploração do petróleo, ou sua produção. Em decorrência dessa condição, **não há possibilidade de ativar recursos que se referem a produções ainda não realizadas.**(grifo nosso)

168. Caso a entidade de RPPS obtenha recursos oriundos de cessão dos direitos de royalties, a exemplo de petróleo, as futuras receitas com royalties, indicadas no contrato de cessão, poderão constar em “atos potenciais ativos”.

Como aduz a CAD, a normativa contábil deixa claro que **não se pode falar em existência de Ativo enquanto não ocorrer a efetiva ocorrência da exploração (fato gerador definido na lei supracitada).** Assim, **o fluxo financeiro futuro dos royalties relacionados à exploração de petróleo que ainda não aconteceu não consta do balanço patrimonial da entidade.** Antes disso, tem-se apenas a existência de um potencial ativo, também definido como Ativo Contingente, o qual não atende aos requisitos para evidenciação no Patrimônio do ente, mas tão somente deve ser divulgado nas Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis.

Nesse diapasão, e pelo seu caráter extremamente esclarecedor, reproduz-se a conclusão da Especializada:

Não obstante, pode-se ainda reforçar tal constatação, a partir das características que se apresentam na definição trazida no MCASP.

O referido Manual define recurso como um item com potencial de serviços ou com a capacidade de gerar benefícios econômicos. Tem-se, portanto, duas condições alternativas para que se possa qualificar algo como recurso de uma entidade:

- Prestar serviços que contribuam para alcançar seus objetivos, ou
- Gerar benefícios econômicos, na forma de entradas de caixa ou redução das saídas de caixa.

Aplicando-se tais possibilidades ao fluxo futuro de ingressos financeiros decorrentes dos royalties e participações especiais, conclui-se que o mesmo não se enquadra em qualquer uma, uma vez que:

- Não se relaciona a nenhum serviço a ser prestado pelo Município, e
- Não gera entrada ou redução de saída de caixa, uma vez que o próprio fluxo (objeto da pretendida cessão) já se constitui em uma entrada de caixa. Ou seja, o fluxo financeiro derivado do direito do Município à participação prevista no § 1º do art. 20 da CF/88 é o que justifica a classificação deste último como recurso, a partir do momento em que se constata a ocorrência do fato gerador eleito por meio do art. 7º do Decreto n.º 1/1991 (saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provêm, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial). A mesma correlação pode ser aplicada ao fluxo de ingressos decorrentes do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, na medida em que, a partir do 1º dia útil de cada exercício, a propriedade, posse ou domínio útil de um imóvel por parte do sujeito passivo (fato gerador) garante ao Município a efetivação de um benefício econômico (entrada de caixa), justificando a classificação de tal tributo como um recurso. Já os fluxos esperados para os exercícios seguintes, para os quais ainda não se tenha observado a efetiva ocorrência do fato gerador (que, no caso do IPTU, se dá apenas no 1º dia útil), não se enquadram na definição de recurso, ainda que, assim como no caso dos royalties, tal direito já conste em norma legal (CF/88 e Código Tributário Municipal), e ainda que já existam os imóveis sobre os quais o imposto incidirá. (grifo nosso)

(...)

O entendimento aqui exposto se contrapõe aos argumentos trazidos pela Prefeitura às fls. 09/13, nos quais, em síntese, conclui que a previsão constante do art. 33-A da Lei n.º 3.344/20015, acrescido pela Lei n.º 5.300/2011, confere aos fluxos futuros dela decorrentes os requisitos para reconhecimento de um Ativo do FUNPREVI.

Primeiramente, importa ressaltar que, à vista do teor do Despacho da Secretária Municipal de Fazenda que motivou a presente Representação, o certame tem por finalidade a cessão, por parte do Município, da participação a que faz jus por força do disposto no art. 20, § 1º, da CF. Portanto, não se trata de uma operação na qual o FUNPREVI estaria dispondo de um eventual ativo (que, na hipótese trazida pela Prefeitura, teria nascido com o advento do art. 33-A da Lei n.º 5.300/2011) para transformá-lo em caixa. O suposto ativo que se busca alienar consiste no fluxo decorrente da norma constitucional, fluxo este que indubitavelmente tem como beneficiário o Município do Rio de Janeiro, que então aportaria ao FUNPREVI o produto da operação.

Portanto, a análise acerca da efetiva existência de um ativo a ser alienado deve se dar, necessariamente, à luz dos fluxos decorrentes da participação prevista no § 1º do art. 20 da CF, e não da previsão contida no art. 33-A da Lei n.º

3.344/2001, análise esta que resultou na conclusão exposta três parágrafos acima. Não obstante, o entendimento exposto nos dois subitens subsequentes conclui que, mesmo sob a ótica patrimonial do FUNPREVI, a obrigação criada para o Município em função do referido diploma legal não atende, por si só, os requisitos para reconhecimento de um ativo, antes da periodicidade mensal nele estabelecida.

Ainda sob um enfoque contábil, é importante destacar a análise do Corpo Técnico, que, em confronto às alegações trazidas pela Administração, demonstra a correta evidenciação contábil do fluxo dos royalties como parte do plano de amortização do déficit atuarial do FUNPREVI. Segundo o parecer da CAD, quanto ao disposto no art. 33-A da Lei nº 3.344/2001, ficou claramente demonstrado que tal dispositivo não aponta para transferência ao fundo de um ativo passível de cessão, mas de um aporte mensal ao FUNPREVI. Nesse sentido, a Especializada demonstrou que o plano de amortização do déficit integra uma conta redutora de passivo, e não uma conta de ativo.

Assim, tanto pela lógica civilista, que aduz que antes da exploração – fato gerador – não há relação jurídica obrigacional entre PCRJ e União, quanto pela lógica da regulamentação contábil, a qual conclui que os fluxos financeiros objeto da cessão pretendida não preenchem os requisitos para serem contabilizados no balanço patrimonial (ativo), não faz sentido falar em cessão de um direito que não integra a esfera patrimonial da Prefeitura. Repise-se, não é possível admitir como “alienação de ativo” operação financeira cujo objeto não compõe o ativo. No mesmo sentido, não há que se admitir a cessão de um crédito que ainda não nasceu, dado que a relação jurídica obrigacional com a União ainda não existe (só existirá após a ocorrência da exploração: fato gerador previsto em lei).

II.2 – Sobre a transferência da posição na relação obrigacional (disposições sobre cessão de crédito do Código Civil)

Segundo a doutrina civilista trazida pelo Parecer autuado como peça P051, a cessão de crédito implicaria, necessariamente, na transmissão da titularidade da relação obrigacional, permitindo ao adquirente, como acontece na alienação de precatórios, por exemplo, substituir a Prefeitura na relação com a União.

A dinâmica da operação desenhada pela Secretaria de Fazenda do Município do Rio de Janeiro demonstra que a União jamais pagaria o crédito diretamente ao particular, e a este certamente não seria reconhecida legitimidade para cobrá-lo judicialmente da União.

Observe-se a respeito, precedente trazido pela d. Procuradoria Especial, ocasião em que o Tribunal de Contas da União analisou operação financeira com engenharia muito parecida com a presente:

A propósito, no Processo TC 016.585/2009-0, o TCU analisou o caso da criação de Fundos de Investimento em Direito Creditórios - FIDC para a securitização da dívida ativa por entes federativos diversos, e a Secretaria de Macroavaliação Governamental (SEMAG) e o MPTCU **chegaram à conclusão de que, naqueles casos específicos, não havia alienação de ativos, mas operação de crédito, justamente porque a titularidade da relação obrigacional não era transferida ao FIDC (que não passava a ser o sujeito ativo do crédito e a ter legitimidade para cobrá-lo), pois esta continuava com os entes federativos, que apenas repassavam ao fundo o montante recebido.**

De fato, estivéssemos diante de uma verdadeira cessão, não existiria a necessidade de prever, conforme cláusula oitava da minuta de contrato, os repasses como uma obrigação do cedente. Assim, incorpora-se o entendimento do i. Procurador no sentido de que *“de nada adianta, para descaracterizar essa obrigação, a criação de ‘contas de custódia’ para o recebimento dos valores, contas estas que serão, diga-se de passagem, de titularidade do Município”*.

Se houvesse realmente uma alienação de ativo, bastaria que o adquirente notificasse a União para receber os recursos diretamente (art. 290 do CC/02¹⁷). Ademais, o comprador do ativo seria inteiramente legitimado para a prática de atos conservatórios do direito (art. 293 do CC/02¹⁸), tendo, inclusive, legitimidade para exercer eventual pretensão em juízo conta a União em caso de inadimplemento. **Mas, evidentemente, este não é o caso da operação pretendida pela Municipalidade, em que o que há, na verdade, é apenas transmissão dos recursos resultantes do pagamento pela União.**

¹⁷ Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

¹⁸ Art. 293. Independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer os atos conservatórios do direito cedido.

II.3 – Do compromisso financeiro assumido pelo cedente

Destacam-se, no que importa a este tópico, dois pontos muito importantes, quais sejam, (i) o Município assumirá o compromisso financeiro de repassar os valores ao suposto adquirente, até porque, como já visto, a titularidade da relação jurídica obrigacional não está sendo transmitida ao particular; e (ii) como exaustivamente demonstrado pela Procuradoria Especial, a possibilidade de não recebimento dos valores esperados pelo investidor (conforme cláusula 4ª, parágrafo 5º, da Minuta de Contrato¹⁹) é meramente teórica.

Reproduz-se, por pertinente, análise da engenharia jurídica constante da Minuta de Contrato que demonstra que a cláusula supracitada, é meramente formal, ou seja, o contrato garante a rentabilidade do investidor:

São quatro os fatores que tornam a cláusula acima meramente formal, e que garantem a rentabilidade do investimento do particular, portanto: (a) o direito de prioridade do investidor com relação a quaisquer recursos recebidos; (b) a compensação mensal caso o fluxo trimestral não alcance o pretendido; (c) o fato de que esta cláusula só retira a responsabilidade municipal caso o fluxo não alcance o montante pretendido após o prazo contratual inteiro, já considerando o direito de prioridade e a compensação mensal; e (d) a constatação de que o Município arrecada inúmeras vezes mais do que este valor, levando-se em conta um prazo de até 30 (trinta) anos. Somados, não há dúvidas de que o investidor possui a garantia de retorno não só do seu capital, mas igualmente da rentabilidade pretendida, o que, mesmo segundo a corrente até agora abordada, é o suficiente para caracterizar o negócio como operação de crédito, conforme demonstrado exaustivamente.

Diante de tal cenário, repita-se, de compromisso financeiro que se assemelha à mutuo, é impossível afastar a operação pretendida pela Municipalidade do conceito de operação de crédito trazido pela Lei de Responsabilidade Fiscal e já abordado neste voto. Nesse sentido, veja orientação disponível no Manual para Instrução de Pleitos (MIP), da Secretaria do Tesouro Nacional²⁰:

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 (art. 32 - LRF). (...) a Secretaria do Tesouro

¹⁹ Parágrafo Quinto - Se o montante devido ao cessionário não for pago até o último dia do prazo do contrato, em razão da insuficiência na arrecadação de royalties, o cessionário deverá arcar com o prejuízo, não havendo qualquer garantia em favor do cessionário, responsabilizando-se o cedente pela existência do crédito apenas na vigência do contrato, nos termos do art. 295 do Código Civil. Sendo assim, o cedente interromperá imediatamente a transferência de fluxos financeiros, inclusive os previstos no parágrafo quarto, ao término do prazo contratual, ainda que o cessionário não tenha recebido a totalidade do valor nominal do fluxo pretendido em seu lance.

²⁰ Disponível no site do órgão em questão.

Nacional verifica os limites de endividamento aplicáveis ao Ente da Federação pleiteante, as condições previstas na LRF e nas Resoluções do Senado Federal.

II.4 – Da disponibilidade imediata de recursos que só seriam obtidos futuramente / antecipação onerosa (ADI 1.763/DF).

Conforme antecipado no relatório que precede este voto, o STF, ao julgar a ADI 1.763/DF, afirmou que **o essencial na caracterização de uma operação de crédito é precisamente a antecipação de bens ou recursos que só seria possível obter no futuro.** Como demonstrado até o momento, esse é exatamente o caso.

Observe-se manifestação do Relator, Min. Dias Toffoli:

Não importa que o empresário, isto é, o faturizado, transmita o faturamento *pro solvendo*. Mais relevante é observar que o *factoring* configura operação que dá ao empresário acesso a crédito que ele, em condições normais, só obteria no futuro, permitindo a expansão dos seus negócios. [...] Dessa forma, há no *conventional factoring* operações de crédito [...]

Além disso, é importante destacar que a devolução desses recursos ao particular ocorrerá com a aplicação de uma taxa (**forma onerosa**). Ora, como já afirmado quando do deferimento da tutela antecipada, o critério de seleção do vencedor é exatamente a menor taxa interna de retorno, o que revela a existência, implicitamente, da cobrança de taxa de juros.

Segundo item 11.2.3 do Edital, os repasses ao adjudicatário seriam trimestrais, fixados segundo o fluxo de pagamentos apresentado em proposta, sendo que o prazo total de retorno do financiamento precisa atender a um mínimo de 7 anos e a um máximo de 30 anos. Sobre o fluxo constante na proposta será então calculada a Taxa Interna de Retorno (TIR) do investimento.

A esse respeito, reproduz-se esclarecedora observação da d. Procuradoria Especial que revela que, **caso o prazo de retorno não fizesse parte da proposta e tivesse sido fixado de antemão pela Administração, o critério de seleção do Pregão em questão seria exatamente a menor taxa de juros:**

Conforme definição apresentada em estudo do Banco Central do Brasil, "*a Taxa Interna de Retorno (TIR) é uma métrica utilizada para estimar a rentabilidade de um investimento ou projeto e comparar fluxos de caixa com prazos e taxas de juros distintos*". Significa dizer que a Administração Municipal está, na prática, utilizando como critério a menor taxa de juros aliada ao maior prazo contratual, **e a única razão para não colocar como parâmetro unicamente os juros está no fato de que as propostas apresentarão prazos contratuais distintos, e isso será levado em consideração no julgamento.** Se a operação tivesse um prazo pré-definido, o critério seria unicamente a menor taxa de juros.

Observe-se que um certame que tenha por objeto a alienação de um ativo adota como critério de seleção, normalmente, o maior valor ofertado, partindo-se de um montante mínimo pelo qual o ente está disposto a se desfazer do seu bem. Aqui o Município anuncia quanto pretende captar antecipadamente, cabendo aos participantes ofertar, em termos percentuais, o retorno mínimo que está disposto a auferir (menor juros) quando, futuramente, a receita se realizar.

Arremate-se que, em consonância com o entendimento em epígrafe, que buscou caracterizar operação de crédito para fins de incidência do IOF, a análise da essência da operação objeto da presente Representação, bem como das suas consequências, revela que o que se pretende é a captação de um montante preestabelecido junto a um terceiro. Este, por sua vez, será remunerado (**principal mais juros**) através do recebimento de repasses provenientes de receitas futuras que, em face do disposto no § 1º do art. 20 da CF, pertencerão ao Município apenas quando da ocorrência do fato gerador previsto em lei.

III- DA MODALIDADE LICITATÓRIA

Note-se que, conforme Lei 10.520/2002²¹, o pregão é modalidade de licitação orientada especificamente a contratações de **bens e serviços comuns**. Para Marçal Justen Filho, o que caracteriza o bem ou serviço como comum “*é a padronização de sua configuração, que é viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado.*”

No mesmo diapasão, há entendimento trazido pelo i. Procurador de Contas, de autoria do Professor e também Procurador de Contas, Lucas Rocha Furtado:

O entendimento do que sejam bens ou serviços comuns está relacionado àqueles bens ou serviços disponíveis no mercado. Aqueles que não requeiram grandes inovações ou adaptações para atender à necessidade da Administração Pública. [...] Admitir que produtos ou serviços cujo fornecimento, prestação ou fabricação requeiram adaptações ou atendimento de particularidades pouco usuais no mercado possam ser contratados por meio do pregão dá margem a fraudes e conluíus. **Em razão do pouco tempo entre a divulgação do pregão e a realização da sessão pública, os fornecedores, exceto aqueles que obtivessem informação privilegiada, poderiam não dispor sequer de prazo hábil para a elaboração das suas propostas.**(grifo nosso)

²¹ Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

O trecho transcrito supra serve para alertar para o fato de que, além de complexa, a operação sob exame não é usual no mercado. Como brilhantemente pontuou o *parquet*, **a formulação de proposta, no presente caso, depende de estudo do histórico de recebimento de royalties e de prognósticos sobre recebimentos futuros. O último envolve especulações de volume a ser extraído, preço do barril de petróleo, eventuais mudanças na legislação, frise-se, sempre levando-se em consideração um horizonte temporal de até trinta anos.**

Diante do exposto, parece óbvio que formular uma proposta de tamanha complexidade e, principalmente, para um objeto tão pouco usual ou padrão no mercado, que envolve um grande número de especulações sobre variáveis futuras, é algo praticamente impossível no exíguo prazo de oito dias úteis previsto na Lei 10.520/2002. **Revela-se, assim, risco grave de se lesionar a competitividade do Certame.**

Entende-se que o caráter particular e infrequente do objeto licitado, que demanda tempo para formulação das propostas, é incompatível com a padronização e celeridade previstas na Lei 10.520/2002, sob pena de se violar gravemente o princípio da competitividade. **Isso seria, por si só, suficiente para, considerando a modelagem atual do Certame, se obstaculizar a utilização da modalidade licitatória pretendida.**

IV- DA NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA

A característica fundamental da despesa pública é ser precedida de autorização legislativa, por meio do orçamento. A Constituição vedou a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, inciso II, da CRFB). Na mesma linha, a LRF estabeleceu que o ato que cria despesa deverá ser acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro e de declaração do ordenador de adequação com a LOA e compatibilidade com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, sem o que, tal geração de despesa ou assunção de obrigação é considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público (LRF, arts. 15, 16 e 29, §1º).

As operações de crédito dão origem a obrigações de despesas (vide repasse de principal mais taxa de juros que compõe a taxa interna de retorno na operação pretendida), portanto, estão sujeitas à exigência de prévia e expressa autorização para a

contratação, **no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica para o montante total da operação contratada** (LRF, art. 32, §1º, I²²),

Note-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 assegurou ao Poder Legislativo uma participação muito mais relevante no processo de formulação e implementação de políticas públicas. Segundo a doutrina, **o papel proativo do Legislativo, quanto à destinação dos gastos públicos, garante maior legitimidade da atuação do estado à medida que representa a efetiva participação da população na alocação de recursos.**

Segundo Oswaldo Maldonado Sanches, a participação do Legislativo propicia

(...) um grande avanço no sentido de assegurar ao Poder Legislativo uma participação relevante no processo de formulação e implementação de políticas públicas e, por consequência, **de atuar para evitar grandes erros de alocação, frequentes em estruturas decisórias em que o Executivo é prevalecente.**

Assim, a atuação interativa entre os Poderes Legislativo e Executivo, reforce-se, garante a participação do povo nas decisões que impliquem destinação de verba. Tal juízo político-administrativo, efetuado pela Câmara de Vereadores, é resultado do cotejo da despesa que o Executivo pretende realizar, entre outras coisas, com as prioridades do momento e, principalmente, com um contexto econômico passível de alterações.

No caso concreto, a aprovação ou não do legislativo, levará em consideração a compatibilidade com o PPA e com a LDO, dados analíticos de acompanhamento das receitas e despesa, tais como, a arrecadação do presente exercício, a necessidade da operação à luz da execução da LOA vigente, a arrecadação prevista para os anos seguintes, a liquidez e o déficit atuarial do FUNPREVI no momento da autorização, etc. **Trata-se de medida imprescindível para se prevenir os riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.**

Reforçando essa lógica, veja importante decisão do Superior Tribunal de Justiça que, pelos motivos expostos até agora, determina que as autorizações legislativas das antecipações

²² 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;

de receita orçamentárias não podem ser genéricas, mas autorizações que, a partir de uma análise caso a caso, sejam específicas para cada uma das operações realizadas.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE RECEITA. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. EMPRÉSTIMO ANTERIOR A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA ESPECÍFICA. DESCUMPRIMENTO. 1. "Embora seja dispensável, na hipótese, o procedimento licitatório para a realização de operação bancária, já que realizada antes da Lei de Responsabilidade Fiscal, subiste o acórdão ao reconhecer a irregularidade das operações de empréstimo sem autorização do Legislativo Municipal" (REsp 410.414/SP, 2ª Turma, Relator Min. Castro Meira, DJ de 19.08.2004). 2. "Assim, para **as operações de crédito por antecipação de receita não basta a autorização genérica contida na lei orçamentária, sendo indispensável autorização específica em cada operação.** A inobservância de tal formalidade, ainda que não implique em enriquecimento ilícito do recorrente ou prejuízo para o erário municipal, caracteriza ato de improbidade, nos termos do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, à mingua de observância dos preceitos genéricos que informam a administração pública, inclusive a rigorosa observância do princípio da legalidade" (REsp 410.414/SP, 2ª Turma, Relator Min. Castro Meira, DJ de 19.08.2004). 3. Recurso especial a que se nega provimento (grifo nosso) (STJ - REsp: 799094 SP 2005/0192976-9, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 16/09/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 22/09/2008)

Note-se que a Lei Municipal nº 3344/2001, que disciplina o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências, previu, no art. 33-A, §4º²³, **com redação dada pela Lei 5.300, de, frise-se, 13 de setembro de 2011**, a possibilidade genérica de *"se promover a alienação parcial ou integral dos direitos econômicos relativos às receitas a que o Município do Rio de Janeiro faz jus por força do disposto no § 1º do art. 20 da Constituição da República"*.

Ora, aproximadamente dez anos depois da edição da Lei, o contexto fático, político e administrativo não é mais o mesmo, razão pela qual se mostra plausível uma **autorização legislativa específica**, em deferência à vontade do povo e às atribuições da Casa Legislativa, em especial o art. 45, inciso XXXV, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro. *In verbis*:

Art. 45 - É da **competência exclusiva** da Câmara Municipal: (...)

²³ § 4º Ficam o Poder Executivo e o FUNPREVI, através do seu gestor, autorizados a promover a alienação parcial ou integral dos direitos econômicos relativos às receitas a que o Município do Rio de Janeiro faz jus por força do disposto no § 1º do art. 20 da Constituição da República, com o intuito de incrementar a posição financeira e a liquidez dos ativos do FUNPREVI, mediante prévia avaliação e observadas as disposições da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da Resolução nº 43, de 21 de dezembro de 2001, do Senado Federal.

XXXV - dispor sobre limites globais e condições para operações de crédito externo e interno do Município; (grifo nosso)

Tendo em vista que já há previsão legal, ainda que genérica, para realização da operação ora analisada, entendemos que tal autorização específica prescinde de lei em seu sentido estrito. Nessa seara, é importante trazer à baila o conteúdo da Mensagem nº 104, de 12 de novembro de 2018, em que o Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro encaminha ao Poder Legislativo Municipal um anteprojeto de Decreto Legislativo, com a seguinte ementa:

“AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A CONTRATAR OPERAÇÃO DE CRÉDITO INTERNA COM O BANCO SANTANDER, DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL DE RECEITAS MUNICIPAIS FUTURAS PROVENIENTES DOS ROYALTIES E DAS PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS SOBRE O RESULTADO DA EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL, CONSIDERANDO APENAS A RECEITA ORIUNDA DA UNIÃO, A SER RECEBIDA PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO NOS ANOS DE 2019 E 2020, E A OFERECER GARANTIAS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”

Tal mensagem deu origem ao Decreto Legislativo nº 133, de 12 de novembro de 2018, aprovado pelo Plenário da Casa Legislativa, cujo art. 1º aduz o que segue:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a, em nome do Município do Rio de Janeiro, contratar e garantir operação de crédito interna de antecipação parcial de receitas municipais futuras provenientes dos *royalties* e das participações especiais sobre o resultado da exploração do petróleo e do gás natural, considerando apenas a receita oriunda da União, a ser recebida pelo Município do Rio de Janeiro nos anos de 2019 e 2020, com o Banco Santander até o montante de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais), observadas as disposições legais em vigor para a contratação de operações de crédito, em especial da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000, consoante o inciso VI do art. 5º da Resolução do Senado Federal nº 43, de 21 de dezembro de 2001 e do § 6º do art. 47 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, com redação dada pela Lei nº 13.609, de 10 de janeiro de 2018.

No que diz respeito ao presente tópico, a operação semelhante, realizada em 2018, (antecipando a receita de royalties do ano de 2019 e 2020) cumpriu os ditames legais havendo autorização legal específica, ou seja, providenciou-se a anuência do Poder Legislativo.

Para além do presente tópico, a existência de “*operação de crédito interna de antecipação parcial de receitas municipais futuras provenientes dos royalties e das participações especiais sobre o resultado da exploração do petróleo e do gás natural, considerando apenas a receita oriunda da União, a ser recebida pelo Município do Rio de Janeiro nos anos de 2019 e 2020*” revela que **a Prefeitura, em atitude extremamente**

contraditória, considerava, há apenas dois anos atrás, a presente operação como operação de crédito e não como alienação de ativos. Tal atitude viola, em tese, princípio basilar do Direito, consistente na proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Tal teoria deriva do princípio da boa-fé objetiva (art. 422²⁴ do Código Civil) fazendo parte da tutela da confiança. Dessa forma, se reforça a noção de antijuridicidade do Certame defendida no primeiro tópico do presente voto.

V- **SITUAÇÕES SIMILARES**

Apesar de todo o exposto até o momento, o que, por si só, é suficiente para caracterizar a operação pretendida como operação de crédito, é conveniente destacar que a antecipação de direitos econômicos relativos às receitas municipais futuras provenientes dos créditos de Royalties e Participações Especiais pela exploração de Petróleo e Gás Natural já foi, muitas vezes, considerada operação de crédito.

Nesse sentido, além dos exemplos trazidos pelo item 8 – Jurisprudência, do Parecer da douta Procuradoria Especial (peça P051), entende-se que pontuar sobre alguns outros exemplos pode ser esclarecedor para o caso concreto.

Inicialmente, destaque-se a **operação de crédito contratada pelo próprio Município do Rio de Janeiro junto ao Banco Santander** (Contrato KG nº 271651818 – processo 40/000.010/2019). Trata-se da operação citada no tópico supra, realizada em 2018 e autorizada pelo **Decreto Legislativo nº 133/2018. Há cerca de dois anos, quando vislumbrava a mesma operação em prazo mais curto (antecipando a receita de royalties do ano de 2019 e 2020), a Prefeitura, considerando a transação como operação de crédito, providenciou todos os trâmites específicos.**

Além disso, operação análoga foi objeto de Representação no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (processo nº 4202/2018) e, para melhor entendimento do caso, reproduz-se a ementa da decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. REPRESENTAÇÃO. PEDIDO CAUTELAR. LEI ORDINÁRIA ESTADUAL Nº 10.371/2018 QUE AUTORIZA O ESTADO DO RN A CEDER CRÉDITO DECORRENTE DE ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS, ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 2019. MATÉRIA DISCIPLINADA PELA RESOLUÇÃO Nº 043/2001 DO SENADO FEDERAL, A QUAL VEDA A CESSÃO DE CRÉDITOS RELATIVA A

²⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

PERÍODO POSTERIOR AO MANDATO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, SALVO SE PARA FINS DE CAPITALIZAÇÃO DE FUNDO DE PREVIDÊNCIA OU AMORTIZAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DE DÍVIDAS COM A UNIÃO. AUSÊNCIA DE FUNDO PREVIDENCIÁRIO DE CAPITALIZAÇÃO NO ESTADO DO RN, O QUE AFASTA A APLICAÇÃO DA ALUDIDA EXCEÇÃO. PRESENÇA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA. ACOLHIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR.

Na ocasião, o Exmo. Sr. Conselheiro Relator, Francisco Potiguar Cavalcanti Junior, aduz o seguinte entendimento, que reforça a tese contida no presente Voto:

Já a sua classificação, como bem pontuou o corpo técnico “para os efeitos da Lei nº 4.320/64, e na forma estabelecida na Portaria Interministerial nº 163/2001-STN/SOF, classificam-se como receitas correntes no código de origem ‘transferências correntes’, de modo que o fluxo desses recebíveis integra o planejamento orçamentário do ente federado na qualidade de receitas orçamentária”. (Grifos acrescidos)

Desta feita, chega-se à conclusão de que a operação almejada pelo Poder Executivo Estadual se trata de antecipação de receita orçamentária.

Segundo o disposto no art. 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal, a operação pretendida pelo Governo do Estado atrai o conceito de **operação de crédito**, *verbis*:

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições: (...) III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

Ressalto que, embora configurada como operação de crédito, a antecipação dos recursos dos royalties objeto deste processo não se confunde com as operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (conhecidas pela sigla “ARO”), na medida em que essas possuem vinculação com as receitas tributárias e destinam-se a socorrer insuficiência de caixa momentânea, dentro de um mesmo exercício financeiro, enquanto que aquela, como já dito, não possui vinculação tributária, possuindo a natureza jurídica de indenização. (grifo nosso)

Por fim, destaque-se elucidativo pronunciamento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), cujo inteiro teor consta como anexo da Instrução da Especializada. Em resposta à Consulta n.º 932459, de autoria da Prefeitura Municipal de São João Batista do Glória, aquela Corte de Contas assim se manifestou:

É possível aos entes da Federação realizar operações de crédito por antecipação de receitas oriundas de Royalties de Itaipu e de Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos, por se tratarem de receitas originárias, desde que observadas as condições e limites estabelecidos nos arts. 32, 38 e 40 da LRF e os limites de endividamento estabelecidos pelo Senado Federal.

O entendimento externado pela própria Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro quando da realização de operação de crédito autorizada pelo Decreto Legislativo nº 133/2018, bem como os entendimentos das Cortes de Contas do Estado do Rio Grande do Norte e do Estado de Minas Gerais não deixam dúvidas quanto ao caráter de operação de crédito das antecipações de receita de royalties. Não há circunstância capaz de diferenciar as situações citadas da operação pretendida pela Municipalidade no Pregão Presencial PP/SMF n.º 01/2020.

VI- CONCLUSÃO

Como bem apontou o Corpo Instrutivo, e pelos motivos expostos, a caracterização desta operação como operação de crédito não significa que ela é inerentemente ilegal. Há apenas a necessidade de obedecer aos regramentos pertinentes da Resolução do Senado Federal nº 43/2001 e da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Dentro desse contexto, destacam-se o **art. 15, da Res. SF nº 43/2001**, que veda a operação pretendida pela Prefeitura no período de até 120 (cento e vinte) dias anteriores ao término do mandato e o **art. 32, caput e §1º, inciso III, da LRF**, que atribui ao Ministério da Fazenda a competência de verificar, previamente, o cumprimento dos limites e condições relativos à realização das operações de crédito.

Sem prejuízo do cumprimento dos dois normativos supra, é necessário, conforme explanação contida no título III deste voto, que a Prefeitura, conforme critérios próprios de oportunidade e conveniência, se abstenha de utilizar a modalidade licitatória pregão caso mantenha a modelagem atual desta operação de crédito.

No mais, conforme explanação contida no título IV deste voto, caso o Poder Executivo queira proceder com a operação de crédito, é necessário que se busque, nos mesmos moldes da mensagem nº 104/2018, nova autorização legislativa específica, já que o art. 33-A, §4º, da Lei Municipal nº 3344/2001, é genérico e foi editado há aproximadamente dez anos.

Por todo o exposto, em conformidade com a manifestação da Especializada e também com o Parecer da douta Procuradoria Especial e, com base no art. 219, inciso II, do RITCMRJ²⁵, **voto pelo conhecimento da presente representação e, no mérito, pela sua procedência. Sendo**

²⁵ Art. 219. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de que trata este Capítulo, o Tribunal: (...)
 II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável, ou de quem lhe haja sucedido, quando verificadas falhas ou outras impropriedades, sem prejuízo da possibilidade de aplicação de multa aos responsáveis ou do arquivamento dos autos; e



CONSELHEIRO-SUBSTITUTO
DICLER FORESTIERI FERREIRA
GCS-6

Processo: 40/100.879/2020
 Data: 20/08/2020 Fls
 Rubrica

assim, voto, ainda, pela **determinação** no sentido de que a Secretaria Municipal de Fazenda, tendo em vista o art. 15, da Res. SF nº 43/2001, se abstenha de efetuar o **Pregão Presencial PP/SMF n.º 01/2020**, sem prejuízo da **ciência** de que, para realizar a operação pretendida, deverá se atentar para os normativos específicos relacionados às operações de crédito e para os título III e IV do presente Voto, além de atentar para a correta e verdadeira motivação do ato o qual poderá ter sua juridicidade analisada por esta Corte de Contas.

Feitas as comunicações ao Gabinete do Prefeito, à Secretaria Municipal de Fazenda, ao Instituto de Previdência e Assistência (PREVI-RIO), aos Gabinetes dos Vereadores Representantes e à Presidência da Câmara Municipal (para que encaminhe o presente expediente à Comissão de Finanças, Orçamento e Fiscalização Financeira), **arquite-se**.

Rio de Janeiro, de de 2020.

Dicler Forestieri Ferreira
Conselheiro-Substituto
Em Substituição