

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ___ª. VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO, SP.

ALFREDO PORTINARI GREGGIO LUCENTE MARANCA, brasileiro, casado, Agente Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo, portador do documento de identidade RG 16.620.479-1 SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o n.º 114.718.378-31, portador do título de eleitor n.º 1334301-41, da 1ª. zona eleitoral, seção 28 (doc. anexo), (e-mail: maranca@sinafresp.org.br) residente e domiciliado na Rua Marechal Hastinfilo de Moura, 338, apto. 16 B, Vila Suzana, SP, CEP 05641-000 e **JOSÉ MÁRCIO RIELLI**, brasileiro, divorciado, advogado e funcionário público aposentado do Estado de São Paulo, portador da cédula de identidade RG n.º 5.379.879-X SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o n.º 692.462.208-97, portador do título de eleitor n.º 64639001-83, da 5ª zona eleitoral, seção 0153 (doc. anexo), (e-mail: joserielli@sinafresp.org.br), residente e domiciliado na Rua Irineu Marinho, 139, apto. 44, Santo Amaro, São Paulo/SP, CEP 04739-040, representados por seus advogados que ao final subscrevem (intimacao@sinafresp.org.br), propõem, com fundamento no artigo 5º, LXXIII da Constituição da República e na Lei 4.717/65, a presente

Ação Popular

contra o **ESTADO DE SÃO PAULO**, na pessoa de seu representante legal, o Procurador Geral do Estado, a ser citado no Pátio do Colégio, s/nº, São Paulo, SP; a **Companhia Paulista de Securitização - CPSEC**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ nº 11.274.829/0001-07, com endereço na Av. Rangel Pestana, 300, 3º andar, São Paulo, SP, CEP 01017-911; **Renato Augusto Zagallo Villela dos Santos**, brasileiro, economista, Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo, de qualificação

desconhecida, com endereço na Av. Rangel Pestana, 300, 5º andar, São Paulo, SP, CEP 01017-911; **Andrea Sandro Calabi**, portador do RG 2.763.894, de qualificação desconhecida, ex-Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo, e **Jorge Luiz Avila da Silva**, de qualificação desconhecida, Presidente da Companhia Paulista de Securitização - CPSEC, com endereço na Av. Rangel Pestana, 300, 3º andar, São Paulo, SP, CEP 01017-911, o que faz pelas razões que seguem.

Das considerações preliminares.

O AUTOR busca com a presente Ação Popular anular atos lesivos ao patrimônio público, consubstanciados na ilegal cessão de receitas do ESTADO DE SÃO PAULO para pessoa jurídica de direito privado, direitos de valor econômico insuscetíveis de afetação. Denuncia também grave burla à Lei de Responsabilidade Fiscal, com potencial efetivo de relevante comprometimento das contas públicas e das finanças das administrações vindouras.

O AUTOR demonstra a sua condição de cidadão e legitimado para a propositura do remédio constitucional através do título de eleitor que segue anexo.

Conforme se deduzirá abaixo, o AUTOR pretende a anulação dos atos administrativos que especifica por ilegalidade do objeto e desvio de finalidade; hipóteses aptas a gerar a propositura da ação popular a teor do artigo 2º, 'c' e 'e', parágrafo único, 'c' e 'e' da Lei 4.717/65, e suas alterações posteriores.

No que concerne aos RÉUS, o art. 6º da Lei 4.717/65 vaticina que a Ação Popular deve ser proposta tanto contra as pessoas públicas e privadas envolvidas do ato ilícito, quanto em desfavor das autoridades que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado. Assim, a inclusão dos Srs. Renato Augusto Zagallo Villela dos Santos, Andrea Sandro Calabi e Jorge Luiz Avila da Silva se justifica por se cuidarem dos representantes legais responsáveis e por terem figurado nos contratos de cessão de créditos do ESTADO como interventores/anuentes.

Dos Fatos

O ESTADO DE SÃO PAULO está sofrendo lesão ao patrimônio público pela prática de atos inconstitucionais e ilegais que consistem na cessão de receitas do ESTADO DE SÃO PAULO para pessoa jurídica de direito privado, direitos de valor econômico insuscetíveis de afetação. Há também ofensa grave à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei de Licitações, com potencial efetivo de relevante comprometimento das contas públicas e das finanças das administrações que estão por vir.

Os atos administrativos aos quais se requer a anulação, por inconstitucionalidade, ilegalidade do objeto e por desvio de finalidade são praticados pelos Secretários da Fazenda do Estado de São Paulo, Srs. Renato Augusto Zagallo Villela dos Santos (06/01/2015 até o presente momento) e Andrea Sandro Calabi (este ex-Secretário, entre 06/01/2011 a 01/01/2015), e pelo Presidente da Companhia Paulista de Securitização – CPSEC, Sr. Jorge Luiz Avila da Silva, uma vez que são os responsáveis legais do ESTADO DE SÃO PAULO e da CPSEC e por terem figurado nos contratos de cessão de créditos tributários e não tributários.

Para esclarecer a questão, pede-se vênua para realizar o histórico dos fatos.

Em 30 de setembro de 2009 foi publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo, Poder Executivo, Seção I, a Lei Estadual 13.723 que autorizou a criação de uma sociedade por ações, com maioria absoluta do capital votante detida pelo Estado de São Paulo, vinculada à Secretaria da Fazenda (art. 8º), autorizando o Poder Executivo a ceder, a título oneroso, os direitos creditórios originários de créditos tributários e não tributários, objetos de parcelamentos administrativos ou judiciais, a uma sociedade de propósito específico.

O objetivo é a cessão dos *direitos creditórios originários de créditos tributários e não tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, relativos ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação*

- ICMS, ao Imposto de Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA, às taxas de qualquer espécie e origem, às multas administrativas de natureza não tributária, às multas contratuais, aos ressarcimentos e às restituições e indenizações (art. 1º da Lei 13.723).

Assim, houve norma legal autorizando a criação da COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO - CPSEC, sociedade de economia mista registrada junto à Comissão de Valores Mobiliários - CVM, como Emissora de Valores Mobiliários na categoria B, na forma da instrução CVM nº 480/09.

A CPSEC foi criada em 15 de outubro de 2009 e no artigo 2º do seu Estatuto está expresso que o objeto da Companhia é *a aquisição de direitos creditórios de titularidade do Estado de São Paulo, originários de créditos tributários e não tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais e a estruturação e implementação de operações que envolvam a emissão de valores mobiliários, tais como debêntures, de emissão pública ou privada, ou outra forma de obtenção de recursos junto ao mercado de capitais, lastreadas nos referidos direitos creditórios, tudo na forma da Lei Estadual nº 13.723 de 29 de setembro de 2009.*

Nesse passo, em 2012, após cessão dos direitos creditórios do ESTADO DE SÃO PAULO à CPSEC, foi realizada, baseada no Programa Especial de Parcelamento PEP do ICMS (PEP 1), a primeira emissão de debêntures, no valor de R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais).

Já em 2014, baseada no Programa Especial de Parcelamento PEP do ICMS (PEP 2), realiza a segunda emissão de debêntures no valor de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais).

E, em 2015, realiza a terceira emissão de debêntures no valor de R\$ 740.000.000,00 (setecentos e quarenta milhões de reais).

Da Fundamentação

Há vários atos normativos que concorrem com a obtenção de recursos financeiros quanto ao tema aqui em discussão, sendo eles:

1) **CONVÊNIO ICMS nº 104/02:**

Presidência do CONFAZ, com base na Lei Complementar nº 24 de 7-1-1975, celebraram o CONVÊNIO ICMS nº 104/02 pelo qual ficaram autorizados a ceder a título oneroso os direitos de recebimento do produto do adimplemento das prestações dos contribuintes do ICMS que sejam objetos de parcelamento judicial ou extrajudicial (cláusula primeira).

Cláusula primeira *Ficam os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e o Distrito Federal autorizados a ceder a título oneroso os direitos de recebimento do produto do adimplemento das prestações dos contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) que sejam objeto de parcelamento judicial ou extrajudicial.*

Cláusula segunda *A cessão de que trata a cláusula anterior não modifica a natureza do crédito tributário cedido, com suas garantias e privilégios, nem altera as condições do parcelamento, especialmente o número e o valor das parcelas e a data de seu recolhimento.*

2) **A Lei Complementar nº 24, de 7-1-1975,**

Dispõe que as isenções e benefícios fiscais do ICMS só podem ser concedidos ou revogados por convênios firmados por todos os Estados e pelo Distrito Federal (art. 1º).

Parágrafo Único:

I – à redução da base de cálculo;

II – à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou terceiros;

III – à concessão de créditos presumidos;

IV – à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscal, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação direta ou indireta, do respectivo ônus;

V – às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data”.

- 3) **Lei Estadual 13.723/2009:** Neste item, destacamos principais artigos para a análise do caso:

Artigo 1º - *Fica o Poder Executivo autorizado a ceder, a título oneroso, à sociedade de propósito específico a que se refere o artigo 8º desta lei, ou à Companhia Paulista de Parcerias - CPP, ou, ainda, a fundo de investimento em direitos creditórios, constituído de acordo com as normas da Comissão de Valores Mobiliários, os direitos creditórios originários de créditos tributários e não tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, relativos ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ao Imposto de Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA, às taxas de qualquer espécie e origem, às multas administrativas de natureza não tributária, às multas contratuais, aos ressarcimentos e às restituições e indenizações.*

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

§ 2º - Na hipótese de cessão a fundo de investimento em direitos creditórios, este deverá ser instituído e administrado pelo agente financeiro do Tesouro.

Artigo 2º - A cessão de que trata o artigo 1º não modifica a natureza do crédito que originou o direito creditório objeto da cessão, o qual mantém suas garantias e privilégios, não altera as condições de pagamento, critérios de atualização e data de vencimento, não transfere a prerrogativa de cobrança judicial e extrajudicial dos créditos originadores, que permanece com a Procuradoria Geral do Estado, e não compreende a parcela de que trata o artigo 55 da Lei Complementar nº 93, de 28 de maio de 1974, com alterações posteriores.

Artigo 3º - Para os fins desta lei, o valor mínimo da cessão não poderá ser inferior ao do saldo atualizado do parcelamento, excluídos juros e demais acréscimos financeiros incidentes sobre as parcelas vincendas;

...

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

Parágrafo único - A cessão far-se-á em caráter definitivo, sem assunção, pelo Estado, perante o cessionário, de responsabilidade pelo efetivo pagamento a cargo do contribuinte ou de qualquer outra espécie de compromisso financeiro que possa, nos termos da Lei Complementar federal no 101, de 4 de maio de 2000, caracterizar operação de crédito.

Artigo 7º - Nos procedimentos necessários à formalização da cessão prevista no artigo 1º desta lei, o Estado preservará o sigilo relativamente a qualquer informação sobre a situação econômica ou financeira do contribuinte, do devedor ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos respectivos negócios ou atividades.

Artigo 8º - Fica o Poder Executivo autorizado a constituir sociedade de propósito específico, sob a forma de sociedade por ações com a maioria absoluta do capital votante detida pelo Estado, vinculada à Secretaria da

Fazenda, tendo por objeto social a estruturação e implementação de operações que envolvam a emissão e distribuição de valores mobiliários ou outra forma de obtenção de recursos junto ao mercado de capitais, lastreadas nos direitos creditórios a que se refere o artigo 1º desta lei.

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

...

4) Constituição do Estado de São Paulo.

Artigo 176 - São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as permissões previstas no artigo 167, IV, da Constituição Federal e a destinação de recursos para a pesquisa científica e tecnológica, conforme dispõe o artigo 218, §5º, da Constituição Federal;

5) **Resolução do Senado Federal nº 43/2001**, em seu art. 3º, § 1º, I e 5º, I:

“Artigo 3º Constitui operação de crédito, para os efeitos desta Resolução, os compromissos assumidos com credores situados no País ou no exterior, 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.

Parágrafo Primeiro *Equiparam-se a operações de crédito:*

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

de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de títulos de crédito;

...

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

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

...

6) “I –Lei Federal nº 11.079, de 30-12-2004, artigo 9º: Lei da Sociedade de Propósito Específico:

“Artigo 9º. Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição.”

- 7) **Lei de Responsabilidade Fiscal- LC 101/2000:** seus artigos serão reproduzidos na medida das citações.
- 8) **Acórdão do TCU nos autos do procedimento TC016.585/2009-0.**
- 9) **Projeto de Lei do Senado nº 204, de 2016.**
- 10) **Constituição Federal de 1988.**

Com fundamento do art. 155, § 2º, XII, letra “g” da Constituição Federal cabe à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. Neste caso, foi recepcionada a Lei Complementar 24/75, que dá fundamento às decisões do CONFAZ- Conselho de Política Fazendária, órgão competente para deliberar e conceder benefícios fiscais aos Estados que dizem respeito ao ICMS. O CONVÊNIO ICMS nº 104/02 redigiu norma jurídica sem a devida validade por ser estranha à LC 24/75 que, aparentemente lhe daria validade. Trata o referido convênio sobre *autorizar e ceder a título oneroso os direitos de recebimento do produto do adimplemento das prestações dos contribuintes do ICMS que sejam objetos de parcelamento judicial ou extrajudicial (cláusula primeira)*. Flagra frontalmente a LC 24/75, por consequência a CF/88, que normatiza como devem ser tratadas as exonerações, isenções, reduções na base de cálculo, financiamentos subsidiários, enfim, benefícios fiscais e/ou financeiros de todo gênero diretamente ligados ao ICMS, pelos Estados interessados.

Tal Convênio nada possui de tributário em sua dicção, por tratar de questão societária com finalidade financeira. Para tanto, trazemos a definição e conceito de direito tributário, colacionamos os ensinamentos de:

Hugo de Brito Machado define direito tributário como: (...) o ramo do *Direito* que se ocupa das relações entre o *fisco* e as *pessoas* sujeitas às imposições tributárias de

*qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder*_MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28^a ed. São Paulo: Malheiros.

Paulo de Barros Carvalho conceitua direito tributário como ramo didaticamente autônomo do direito integrado pelo conjunto das proposições jurídico-normativas que correspondem, direta ou indiretamente, à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18^a edição, ed. São Paulo: Saraiva.

Constata-se por esses celebrados autores que, em nenhum momento, observa-se a dicção do Convênio ICMS 104/02 fosse autorizativa para a constituição de créditos, por não ter por objeto a relação jurídica entre o fisco e o contribuinte, *vis a vis* as definições dos autores acima colacionados. Depreende-se que a cessão de crédito tributário com regime de parcelamento é matéria estranha ao direito tributário, manifestada pelo convênio em epígrafe.

Não há citação, no referido convênio de qualquer elemento tributário que lhe dê validade para propor o encaminhamento para aprovação de lei estadual, na situação paulista da lei 13.723/2009, o que seria plausível, caso houvesse interesses ligados à benefícios fiscais, conforme determina a Lei Complementar 24/75, esta específica ao ICMS. Trata-se, isto sim, de direito financeiro, por ter seu objeto de elementos de crédito e sua cessão, matéria estranha ao CONFAZ, como se verifica no Regimento Interno, aprovado pelo Convênio ICMS nº 133/1997.

Conceito de Imposto: Montante de dinheiro que os cidadãos de um país devem pagar ao Estado para sustentar o funcionamento de serviços e garantias aos cidadãos. O Código Tributário Nacional – CTN- estabelece em seu artigo 16, que imposto “*é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte*”.

Como consequência, a lei estadual 13.723 está eivada de inconstitucionalidade por dar validade jurídica à norma exarada pelo convênio ora guerreado.

Seu objeto principal é autorizar à Companhia Paulista de Parcerias –CPP a receber do Estado de São Paulo, créditos tributários e não tributários com a finalidade estranha às normas de pertença legítimas. Esta lei também autorizou a criação de uma Sociedade de Propósitos Específicos – SPE- e Fundos de Investimentos de Direitos Creditórios, com a mesma finalidade de lhes ceder os créditos, mal amparada em seus artigos, chocando-se com a Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000.

A Sociedade de Propósito Específico- SPE foi introduzida no nosso ordenamento jurídico pela Lei Federal nº 11.079, de 30-12-2004, para regular os institutos da licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública (em todos os níveis), com a finalidade específica de implantar e gerir o objeto da parceria público-privada. Não é o caso da Lei estadual 13.723/2009. O objeto da SPE, na Lei nº 13.723/2009, é a constituição da Companhia Paulista de Securitização – CPSEC para adquirir do Estado, a título oneroso, os créditos tributários e não tributários sob o regime de parcelamento. Claramente, identifica-se, por resultado, que não há qualquer relação com o desenvolvimento de esforços em comum para a realização de obras ou prestação de serviços, este tipo sim, verdadeiras finalidades da SPE de que cuida a Lei Federal de nº 11.079/2004.

Dispôs tal lei, em seu art. 9º:

“Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”.

É de clara evidência que o objeto da CPSEC autorizada constituída pela Lei nº 13.723/2009 para adquirir do Estado de São Paulo, a título oneroso, de créditos tributários e não tributários sob o regime de parcelamento (PEP ou PPI), repise-se, nada

tem a ver com o desenvolvimento de esforços, sem qualquer relação jurídico-fática com a implantação das parcerias público-privadas.

Em exegese ao objeto social da CPSEC, a que alude a lei paulista, conclui-se que esta atua como instituição financeira controlada, tendo como objeto principal obter recursos financeiros junto ao mercado de capitais, operações reguladas sob o abrigo da Lei nº 4.595, de 31-12-1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional:

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

***Parágrafo único.** Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras às pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.” (g.n.).*

Desobediência à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Depara-se, além da ausência de prévia autorização do órgão competente para criação da instituição financeira, com a operação autorizada pela Lei nº 13.723/2009 que esbarra na proibição contida no artigos 36 e 37 da LRF, que dispõe:

“Art. 36. É proibida a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo.

Art. 37. Equiparam-se a operações de crédito e estão vedados:

...

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

No mesmo sentido dispõe a Resolução do Senado Federal nº 43/2001, em seu art. 3º, § 1º, I e 5º, I:

“Art. 3º Constitui operação de crédito, para os efeitos desta Resolução, os compromissos assumidos com credores situados no País ou no exterior, 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.

§ 1º Equiparam-se a operações de crédito:

I - recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação; assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de títulos de crédito;

...

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

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

Constata-se perfeita harmonização da legislação legal e infralegal com todos os efeitos decorrentes, no sentido de estabelecer o conceito e seus limites de operações de créditos para os entes federativos submetidos à LRF.

A Lei Complementar 101/2000 estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Os destinatários da norma constam do seu artigo 1º, § 3º e compreendem a União, os Estados e os Municípios e suas respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes.

No artigo 2º da LC 101/2000 esse conceito é melhor explicitado, a saber:

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

I - ente da Federação: a União, cada Estado, o Distrito Federal e cada Município;

II - empresa controlada: sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação; (g. n.)

Resta claro que tanto o ESTADO DE SÃO PAULO quanto a CPSEC devem obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A primeira ilegalidade consiste na ausência da ciência do Ministério da Fazenda. O artigo 32 da Lei Complementar 101/2000 estabelece:

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

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

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

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

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

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

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

VI - observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

§ 2º As operações relativas à dívida mobiliária federal autorizadas, no texto da lei orçamentária ou de créditos adicionais, serão objeto de processo simplificado que atenda às suas especificidades.

§ 3º Para fins do disposto no inciso V do § 1º, considerar-se-á, em cada exercício financeiro, o total dos recursos de operações de crédito nele ingressados e o das despesas de capital executadas, observado o seguinte:

I - não serão computadas nas despesas de capital as realizadas sob a forma de empréstimo ou financiamento a contribuinte, com o intuito de promover incentivo fiscal, tendo por base tributo de competência do ente da Federação, se resultar a diminuição, direta ou indireta, do ônus deste;

II - se o empréstimo ou financiamento a que se refere o inciso I for concedido por instituição financeira controlada pelo ente da Federação, o valor da operação será deduzido das despesas de capital;

III - (Vetado).

§ 4º Sem prejuízo das atribuições próprias do Senado Federal e do Banco Central do Brasil, o Ministério da Fazenda efetuará o registro eletrônico centralizado e atualizado das dívidas públicas interna e externa, garantido o acesso público às informações, que incluirão:

I - encargos e condições de contratação;

II - saldos atualizados e limites relativos às dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito e concessão de garantias.

§ 5º Os contratos de operação de crédito externo não conterão cláusula que importe na compensação automática de débitos e créditos.” (g. n.)

Nesse passo, não houve pedido da CPSEC nem do ESTADO DE SÃO PAULO ao Ministério da Fazenda para que fosse cumprido o art. 32 acima quanto à ‘cessão de créditos’ e à ‘emissão das debêntures’, isto é, fazendo pedido de avaliação do cumprimento dos limites, da relação custo-benefício e do interesse econômico e social da operação, como determina a LRF.

Como cediço, é imperioso que o Ministério da Fazenda avalize a operação de crédito, pois a Lei Complementar 101/2000 outorgou ao Ministério da Fazenda a

responsabilidade de impedir um endividamento indiscriminado da Administração Pública, com consequências desastrosas para toda a sociedade. Este é o espírito da LRF.

No acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, no procedimento TC 016.585/2009-0, foi dado o seguinte destaque devido à importância do art. 32 da LRF:

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

(...) (g. n.)

A União tem o dever concorrente de fiscalizar se os Estados estão envolvidos no esforço de *‘ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar’* (artigo 1º, § 1º da Lei Complementar nº 101/2000).

Estamos diante de uma autêntica operação de crédito, pois a ‘cessão’ tem um objetivo claro e preciso que é captar recursos junto ao mercado de capitais para auxiliar o Estado na realização de investimentos em infraestrutura e nos serviços públicos estaduais em geral, mediante a contrapartida de remunerar os papéis – debêntures - pela variação da taxa Selic (CDI + 2,9%).

Comparando-se as operações da CPSEC com norma em abstrato estipulada pela Lei Complementar 101/2000 não há a menor dúvida de que se trata de uma operação de crédito, já que esta, à critério do nosso legislador, *“é o compromisso*

financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros". (artigo 29, III da Lei Complementar nº 101/2000).

O conceito legal de operação de crédito é amplo, tanto que compreende 'outras operações assemelhadas'. Então, a CPSEC emite títulos e ainda que destine os valores arrecadados da venda dos papéis em projetos de interesse do ESTADO DE SÃO PAULO que, por sua vez, dá lastro às operações da CPSEC com o fluxo de créditos tributários e não tributários cedidos.

A ausência da ciência e autorização do Ministério da Fazenda caracteriza inconstitucionalidade, pois a competência legislativa é privativa da UNIÃO, conforme **artigo 22, incisos VI e VII da Constituição Federal**.

Ainda há vedação na Lei Complementar 101/2000 que proíbe a captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido. O artigo 37 da Lei Complementar 101/2000 estipula:

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

A operação da CPSEC, portanto, nos moldes como instituída, capta recursos com o objetivo de antecipação de receita futura, pois o benefício auferido com a venda das debêntures substituirá toda a receita proveniente do pagamento dos débitos tributários inscritos ou não em dívida ativa, inclusive aqueles decorrentes de programas de parcelamento implementados pelo ESTADO.

Assim, emitindo e comercializando debêntures para financiamento da atividade pública, o ESTADO pode se beneficiar antecipadamente da captação financeira efetivada pela sociedade de economia mista de que detém o controle societário. Essa receita não se inclui no conceito de lucro ou dividendo apto a permitir a antecipação pretendida.

O município de Belo Horizonte já tentou manobra semelhante com o FIDC – Fundo de Investimento em Direito Creditório. A operação financeira foi obstada pelo Tribunal de Contas da União, no procedimento TC 016.585/2009-0, em que foi determinado “à Comissão de Valores Mobiliários – CVM, cautelarmente, que suspendesse o registro no FIDC – Fundo de Investimento enquanto não houvesse manifestação explícita do Ministério da Fazenda”.

Transcrevemos alguns dos trechos mais importantes do acórdão do TCU nos autos do procedimento TC 016.585/2009-0:

“(…)

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

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

O Pleno desta Corte referendou as cautelares relativas ao FIDC-NP Nova Iguaçu (peças 47, 48 e 70 do TC-043.416/2012-8) e ao

Fedat/DF (peças 62 e 85/6 do TC-016.585/2009-0), concedidas pelos relatores em, respectivamente, 25.11.2014 e 11.12.2014, e ora reproduzidas, em parte:

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

(...) (g. n.)

Do pronunciamento do TCU merece destaque o seguinte extrato: “os princípios que regem a Lei de Responsabilidade Fiscal são todos convergentes e tendentes a que se disciplinem e limitem os meios e modos de comprometimento de receitas públicas futuras para satisfação de necessidades ou vontades políticas presentes (grifo no original). Ou seja, a LRF estabelece controles, freios e limites para o endividamento dos entres governamentais, com o fim também, de evitar a volta da inflação, pois esta é uma alternativa para o setor público se financiar quando gasta ou se endivida mais que pode.” (voto do Exmo. Relator, Ministro RAIMUNDO CARREIRO).

Em resumo: A propositura do TCU na ata 01/2015 de que a emissão de Debêntures por Empresas Estatais com lastro em cessão de direitos dos parcelamentos dos contribuintes pelas Prefeituras também é operação de crédito por ARO – Antecipação de Receitas Orçamentárias, fielmente tipificada na Lei de Responsabilidade Fiscal e não podem ser realizadas sem autorização da Receita

Federal e do Senado Federal. O que leva a se concluir, portanto, que as operações realizadas praticada pelo ESTADO DE SÃO PAULO e a CPSEC são tipicamente de crédito.

Essas operações de crédito desrespeitam a LRF e trazem incertezas quanto ao custo da operação consistente no lançamento das debêntures, bem como, quanto ao sigilo dos contratos das operações o que é não permite ao investidores, respeitando o princípio da transparência, sua assunção antecipada.

Senão vejamos: caso entendêssemos essas operações no sentido acima, estaríamos diante de um crédito, portanto, submetida à LRF. Caso fosse um ativo posto à disposição ao mercado, estaríamos fora da LRF, submetendo-se ao regime de privados, portanto, ao amparo da Lei nº 4.595, de 31-12-1964.

Ocorreu, no presente caso, uma simulação de situação onde esta SPE foi criada pelo Governo do Estado de São Paulo para intermediar operações “dispondo como garantia” créditos tributários constituídos por meio de lançamento e parcelados por várias campanhas arrecadatórias aos contribuintes devedores por não terem liquidado no vencimento legal.

Com o anteparo da CPSEC, objeto de suas operações desta peça, o Estado de São Paulo a utilizou, transferiu o direito ao crédito tributário de seus impostos recebíveis ao-mercado, utilizando-se debêntures como meio factível instrumental para negociação dos valores lançados como créditos tributários.

Ora, o caso foi interpretado no parecer pelo TCU – Tribunal de Contas da União, no qual foi constatado que poderiam haver “supostas brechas legais” que permitiriam operações desse tipo, sob a rubrica de outras operações de crédito semelhantes ao do tipo proibido pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Com fundamento no artigo 37, inc. I da LRF, veio o TCU fechar as portas para essa manobra simulatória, por interpretar da mais ampla maneira, pois assim é que a LFR e a sua

inteligência devem ser aplicadas, para limitar, notadamente, o que diz respeito aos gestores e às finanças públicas e o seu endividamento.

A CPSEC é uma Estatal que presta serviços Públicos conforme seu objeto social: É falsa a afirmativa que a operação, ora discutida, não apresenta riscos para o Estado.

Segundo GASPARINI: *“A União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios não são responsáveis pelos atos praticados e obrigações contraídas pelas respectivas empresas públicas ... Não será assim se prestadora de serviço público em relação aos danos que causar a terceiros em relação do serviço público que presta ou do prejuízo decorrentes dos atos de seus servidores, que nesta qualidade causarem a terceiros. Nesta hipótese, responderá objetivamente (Art. 37 § 6º da CF) e até o esgotamento de seu patrimônio. Esgotado este, cabe à Administração Pública a que se vincula responder pelo Remanescente. Fonte: GASPARINI, Diogenes: Direito Administrativo, 2011; Pag.500 e 512. Ed Saraiva.*

Portanto, torna-se uma grande falácia afirmar que a CPSEC e suas operações estariam protegendo o Estado de São Paulo de eventual iliquidez de seus créditos tributários que geram garantias às debentures e estas próprias diante do mercado, caso haja qualquer fato interveniente e venha a liquidar seu patrimônio de forma indelével e irrefutável.

E não é só:

Uma vez que operação com Debêntures lastreadas em dívida ativa foi classificada pelo TCU como operação de crédito, vejamos:

“O Art. 38 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece parâmetros para a liberação das operações de crédito por antecipação de receita, entre os quais:

I – realizar-se-á somente a partir do décimo dia do início do exercício;

II – deverá ser liquidada, com juros e outros encargos incidentes, até o dia dez de dezembro de cada ano;

III – não será autorizada se forem cobrados outros encargos que não a taxa de juros da operação, obrigatoriamente prefixada ou indexada à taxa básica financeira, ou à que vier a esta substituir;”

A emissão de Debêntures agride frontalmente a LRF notadamente o inciso II do art. 38, considerando que os prazos de vencimento das Debêntures poderão superar 2021 ultrapassando o mandato do atual Governador.

A lei é clara ao determinar que a operação de ARO – Antecipação de Receita Orçamentária – terá de ser liquidada até 10 de dezembro de cada ano. Mesmo que haja operações de “gatilhos e controles”, torna ao investidor uma compra temerária Ao alocar tais debêntures como elevado risco, ainda que sua classificação por agências a tenha classificado como bom investimento, por não considerar crédito tributário e sim, papéis debentures, por, inclusive, ter a possibilidade de liquidação antecipada.

Constata-se que incide outra questão de importância impar. Os créditos tributários parcelados (PPE ou PPI), das Notas Explicativas extraídos do Balanço da CPSEC, verifica-se que cerca de 50% dos parcelamentos são rompidos após a primeira parcela paga ou em seu primeiro ano. Implicam responsabilidades adicionais por ter que garantir ao mercado 160% dos valores negociados pela troca de valores de parcelamentos não rompidos. Conforme o “PROSPECTO PRELIMINAR DE DISTRIBUIÇÃO PÚBLICA DE DEBÊNTURES SIMPLES, NÃO CONVERSÍVEIS EM AÇÕES, DA ESPÉCIE COM GARANTIA REAL, EM SÉRIE ÚNICA, DA 3ª EMISSÃO”.

A prevalecer a dicção da captação de recursos, o governador do Estado poderia utilizar livremente os valores captados decorrentes da cessão de créditos tributários vincendos no período remanescente de seu mandato, ou seja, até dezembro de 2018. O que na prática equívoca a liberar os recursos provenientes de lançamentos

tributários devidos ao Estado e não liquidados e transformados em parcelamentos em disponíveis incontroláveis pelo TCE e ALESP. Como propõe a CPSEC, não seria ARO (Antecipação de Receitas Orçamentárias), seria uma DRE (Desvinculação de Receita do Estado), inexistente em nosso ordenamento.

Depreende-se que a LRF baseia-se em planejamento das finanças públicas de forma transparente e responsável com a implicação direta do gestor nos equilíbrios orçamentários, não podendo dispor ao arrepio da norma das receitas e suas garantias, salvo disposições expressas e limitadas para o seu controle.

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

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

Da vedação constitucional de cessão dos créditos de impostos à CPSEC.

É inegável que os impostos (ICMS, IPVA e ITCMD), nos quais se lastreiam a emissão das debêntures no negócio entabulado entre ESTADO DE SÃO PAULO e CPSEC, são espécies do gênero tributo.

Como tributo, o artigo 139 do Código Tributário Nacional preconiza:

Código Tributário Nacional

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Nessa toada, o artigo 113 do Código Tributário Nacional trata da extinção da obrigação tributária juntamente com o crédito dela decorrente, vejamos:

*“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
 § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.
 § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.
 § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente a penalidade pecuniária.”*

Nesse cenário normativo, recepcionado pela Carta Magna, é evidente que o ESTADO DE SÃO PAULO cedeu tributo à CPSEC, mais do que isso, cedeu imposto, em total afronta com os princípios orçamentários e de finanças públicas estabelecidos pela **Constituição da República**, em especial no **artigo 167**, *verbis*:

*“Art. 167. São vedados:
 (...)*

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;”

O v. acórdão do TCU nos autos do procedimento TC 016.585/2009-0 também enfrentou essa questão e foi claro e direto em declarar a inconstitucionalidade na cessão de crédito tributário, a saber:

(...)

22. Em razão disso, a cessão envolvendo créditos tributários oriundos de impostos não é constitucionalmente admitida, uma vez que o artigo 167, IV, da CF/1988, bem como o art. 112, IV, da CE-GO, vedam a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as exceções constitucionais, dentre as quais não se

inclui a criada na Lei Estadual nº 18.873, de 19 de junho de 2015, a saber:

(...) (g. n.)

A norma constitucional estipulou o princípio da não vinculação de determinadas receitas tributárias, o que é aplicável à espécie tributária dos impostos. (artigo 176, inciso IV da CE/SP)

Outro aspecto a ser observado é o da indisponibilidade dos bens públicos. O Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello versando sobre vinculação de receitas, invocando o parecer do prof. Harada à OAB, Seção de São Paulo sobre as parcerias público-privadas disciplinadas pela Lei nº 11.079/2004, emana as seguintes valorosas observações:

“Há grosseira inconstitucionalidade na previsão do art. 8º, I, segundo o qual obrigações pecuniárias da Administração resultantes da parceria poderiam ser garantidas por vinculação de receitas. Conforme flagrado pelo Prof. Harada, a proibição de vinculação de receitas residente no art. 167, IV, da Constituição, só pode ser excepcionada nos casos que especifica, consoante ali mesmo está previsto e estampado de maneira exuberantemente clara. A única remissão que nele se faz ao tema de prestação de garantias concerne a operações de créditos por antecipação de receita, ou a pagamento de créditos da União (§ 4º do mesmo artigo). Além disso, na primeira hipótese, sempre conforme observado pelo citado jurista, a prestação de garantias suposta naquele dispositivo nem ao menos tem o mesmo sentido que lhe é próprio no Direito Privado. Sua finalidade não é garantir algum credor, mas ‘preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada’, para prevenção de desequilíbrio orçamentário. Na

segunda hipótese está claríssimo que o que entra em pauta são débitos de Estados ou Municípios com a União.

Em suma: receita pública jamais pode ser vinculada a garantia de créditos de particular, sob pena de escandalosa inconstitucionalidade”. HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 18 ed., São Paulo : Atlas, 2009, p. 780.

E nesse ponto estamos diante de mais uma inconstitucionalidade e ilegalidade, qual seja, a vinculação da receita de impostos à CPSEC, pessoa jurídica de direito privado, o que não encontra respaldo nas exceções constitucionais autorizadas, isto é, artigos 158/159 da CF, as ações e serviços públicos de saúde, ensino e administração tributária.

No caso em comento, a receita proveniente das debêntures não figurou na lei orçamentária do Estado para os exercícios em que houve sua emissão, o que torna absolutamente irregular a destinação direta do proveito do crédito tributário para uma conta corrente de titularidade da CPSEC.

Outro problema de extrema relevância consiste em não se ter ciência exata entre a o montante arrecadado com a emissão das debêntures e o valor que ingressou nos cofres da CPSEC em razão do adimplemento gradual dos créditos inscritos e não inscritos em dívida pública.

Tal comportamento do Governo do Estado de São Paulo fere frontalmente a CF/88, art. 85, VI e o art. 10 da Lei nº 1.079/50 que definiu quatro hipóteses de atentados à lei orçamentária, dentre as quais, o inciso 4: “infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo de lei orçamentária”.

Caso a vinculação de receita de impostos, com permissivo constitucional restrito para prestação de garantias visando à receita creditícia temporária, não pode nem deve ser interpretada de maneira ampla como no direito privado, como visto nas normas jurídicas antes comentadas, pois a receita pública está fora de ser negociada.

Enxerga-se ofensa ao princípio de contabilidade pública da unidade de tesouraria, tipificado na **Lei 4.320/64**, artigo 56:

“Art. 56. O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais.”

Fazer receita com debêntures desqualifica a lei acima citada, pois uma empresa privada, sociedade de economia mista, passará a ter função de recolher as receitas necessárias e privativas à atividade pública estadual.

Da violação à Lei de licitações para a emissão das debêntures.

O ESTADO DE SÃO PAULO e a CPSEC devem respeitar a vigência da Lei 8.666/93, que estabeleceu normas para licitações e contratos da Administração Pública.

“Art. 1º Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” (g. n.)

Essa lei estabelece taxativamente as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação para contratação de serviços pelas pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado controladas pelo Poder Público.

Para realizar a emissão das debêntures em conformidade com a exigente legislação federal, os RÉUS foram forçados a contratar diversos atores como o Banco custodiante dos derivativos; agente fiduciário e demais instituições envolvidas e representantes dos debenturistas; instituição responsável pela escrituração das

debêntures e corretagem dos papéis; o prestador de serviço do banco liquidante e demais detentores dos fluxos das receitas e garantias (créditos tributários) da milionária transação.

Contudo, não se tem notícia de que a contratação destes prestadores de serviço tenha se subordinado a um procedimento público de licitação.

Não é o caso de dispensa ou inexigibilidade do certame advindo da notória especialização das empresas envolvidas, pois existem inúmeras outras instituições financeiras, distribuidora de títulos e corretoras de valores que atuam nesse setor e que poderiam executar o mesmo trabalho.

Ademais, ainda que houvesse justificativa para a escolha daquelas prestadoras de serviços contratadas, deveria ter ocorrido comunicação ao público através da imprensa oficial, como determina o artigo 26 da Lei 8.666/93.

Pelo quanto fora exposto, é preciso perquirir os motivos que ensejaram a ausência de licitação das empresas mencionadas nos contratos de cessão e aquisição de direitos creditórios, o que pode levar à nulidade da emissão das debêntures e, por conseguinte, da concessão das garantias.

Da responsabilidade subsidiária do Estado de São Paulo na emissão dos títulos.

Por derradeiro, uma vez que o ESTADO DE SÃO PAULO é o controlador da CPSEC, o ESTADO DE SÃO PAULO é o responsável subsidiário pelo adimplemento das obrigações na hipótese dos compromissos assumidos na cártula não serem honrados pela sociedade de economia mista, nos termos dos artigos 116, 117, 235 e 238 da Lei 6.404/76, *verbis*:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) *é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e*
 b) *usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.*

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

(...)

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

(...)

§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. (grifos inexistentes no original)” (g.n.)

Da procedência da Ação Popular e das consequências patrimoniais.

Fora explanado com clareza e precisão nesta exordial, com os documentos que a instruem, que a pretensão de salvaguardar o patrimônio e o interesse públicos é totalmente procedente. Esse i. Juízo, ao reconhecer a pertinência do pleito, deve também condenar os responsáveis, notadamente os representantes legais do ESTADO DE SÃO PAULO e da CPSEC no pagamento das perdas e danos, nestes compreendidos os severos prejuízos com a implementação desta aventura fiscal, notadamente os valores indevidamente cedidos à sociedade de economia mista, os gastos com a escrituração e a emissão das debêntures, com a contratação das distribuidoras de títulos, dos corretores

de valores e instituições financeiras envolvidas no negócio e os encargos e reparações decorrentes da anulação das debêntures.

A medida almejada tem amparo na Lei 4.717/65, *verbis*.

“Art. 11. A sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.”

Para tanto, o AUTOR considera imprescindível a contribuição do Ministério Público, que está obrigado por lei a acompanhar a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos responsáveis pela ilegalidade (artigo 6º, § 4º da Lei 4.717/65).

Para coroar a ilegalidade e inconstitucionalidade aqui apresentadas, trazemos ao conhecimento do Exmo Juiz, cópia do PLS- Projeto de Lei do Senado, nº 204/2016 que se encontra em tramitação da Alta Casa do Congresso Nacional, que trata especificamente do assunto em tela, de autoria do sen. José Serra:

Ementa do PLS 204/2016:

“Permite aos entes da federação, mediante autorização legislativa, ceder direitos creditórios originados de créditos tributários e não tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, inscritos ou não em dívida ativa, a pessoas jurídicas de direito privado”.

Caso toda tramitação legal anteriormente relatada e suas consequências jurídicas e financeiras estivessem sob abrigo constitucional e legal, haveria necessidade de elaborar tal lei para dar suporte a tais atos emanados? Haveria necessidade de um senador paulista ingressar com tal medida?

Estamos diante de uma derrocada das finanças paulista. Estamos diante de um verdadeiro repúdio ao texto constitucional e infraconstitucional. E, pior, um ato preparatório para subverter a Lei de Responsabilidade Fiscal quanto ao crescimento desmesurado da dívida e do controle fiscal do Estado de São Paulo.

Da imediata suspensão dos atos ilegais.

Outro importante poder/dever conferido ao Magistrado pela Lei 4.717/65 é o de que “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado” (artigo 5º, § 4º). Por isso, o AUTOR clama a imediata suspensão da comercialização das debêntures e da cessão dos créditos tributários e não tributários.

DOS PEDIDOS.

Por tudo o que foi exposto, o AUTOR requer:

- a) a isenção das custas iniciais (artigo 10 da Lei 4.717/65);
- b) a suspensão liminar do ato lesivo impugnado, com a necessária ordem judicial mandamental para que os RÉUS se abstenham de promover a cessão dos créditos tributários e não tributários do ESTADO DE SÃO PAULO, bem como se abstenham de comercializar as debêntures emitidas pela CPSEC. Como se cuida de obrigação de não fazer, pugna pela fixação de multa diária para a hipótese de recalcitrância no cumprimento da decisão judicial;
- c) a intimação do MINISTÉRIO PÚBLICO para que acompanhe a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos responsáveis pela ilegalidade;
- d) que após observado o devido processo legal com os seus corolários da ampla defesa e do contraditório, que seja julgada ao final procedente esta Ação Popular, com declaração da nulidade das cessões de crédito tributário e não tributário, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, realizadas em favor da COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO - CPSEC, bem como das debêntures emitidas pela COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO - CPSEC, com a conseqüente condenação dos RÉUS nas seguintes obrigações de não fazer e de pagar: i) abstenção de cessão dos créditos tributários e não

tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, para a COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO - CPSEC; ii) abstenção de comercialização das debêntures emitidas pela COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO - CPSEC; iii) abstenção de emissão de qualquer outro valor mobiliário, de emissão pública ou privada; iv) abstenção da obtenção de recursos junto ao mercado de capitais, lastreados nos direitos creditórios; v) condenação da COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO - CPSEC a restituir ao ESTADO DE SÃO PAULO os créditos tributários e não tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, cedidos e já depositados em favor da sociedade de economia mista em razão dos contratos de cessão dos direitos creditórios, do termo de cessão de direitos de créditos autônomos e cessão fiduciária de direitos creditórios e outros ativos; tudo convenientemente corrigido pelos índices aplicáveis aos tributos inadimplidos acrescidos de juros moratórios; vi) a condenação dos RÉUS RENATO AUGUSTO ZAGALLO VILLELA DOS SANTOS, ANDREA SANDRO CALABI e JORGE LUIZ AVILA DA SILVA, no limite de suas responsabilidades, na reparação do patrimônio público estadual com os gastos com a escrituração e a emissão das debêntures, com a contratação das distribuidoras de títulos, dos corretores de valores e instituições financeiras envolvidas no negócio e os encargos e reparações decorrentes da anulação das debêntures, tudo a se apurar em execução de sentença nos termos do artigo 14 da Lei 4.717/65;

e) a condenação dos RÉUS no pagamento de honorários advocatícios;

Outrossim, requer a citação dos RÉUS nos endereços mencionados no preâmbulo para que apresentem as suas contestações sob pena de revelia.

O AUTOR prova as suas afirmações pelos documentos que ora junta, sem prejuízo de completar a prova por outros meios que o Direito faculta, notadamente novos documentos, perícia, testemunha e depoimento pessoal dos RÉUS.

Dá à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 31 de agosto de 2016.

THIAGO CARNEIRO ALVES

OAB/SP 176.385

THIAGO DURANTE DA COSTA

OAB/SP 205.108

FREDERICO DOS SANTOS FRANÇA

OAB/SP 299.295

CASSIANO TORRES GEROSA GOMES

OAB/SP 172.312