

À

Comissão de Valores Mobiliários

audpublicaSDM0520@cvm.gov.br

Brasília (DF)

Ref.: AUDIÊNCIA PÚBLICA SDM Nº 05/2020

Senhores,

Nos termos do item 3, do Edital de Audiência Pública SDM Nº 05/2020, de 27 de agosto de 2020, sobre a regulamentação das companhias securitizadoras de direitos creditórios, a Febrafite - Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais apresenta a seguinte sugestão<sup>1</sup>.

Acrescentar no CAPÍTULO XII – DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS, ou onde couber, artigo com seguinte disposição.

***Art. XX. Fica vedada a participação das sociedades de economia mista gestoras de ativos estatais e dos fundos especial ou público, inscritos ou não no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, em operações de securitização, em operações de emissão ou em operações de colocação de valores mobiliários, com lastro ou não em direitos creditórios.***

#### JUSTIFICAÇÃO

O primeiro motivo desta nossa sugestão é o de que defendemos que estas instituições - as sociedades de economia mista e os fundos especiais ou públicos - são

---

<sup>1</sup> Para manter a objetividade e a clareza deste texto, dispensamos as citações em trechos iguais ou semelhantes anteriormente publicados em diversos tipos de mídia, inclusive redes sociais e apresentações, e, em especial, em notas oficiais da Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais (Febrafite) e do estudo “*Invalidezes Jurídica e Social das Sociedades de Economia Mista Gestoras de Ativos Estatais*” publicado pela Febrafite e em formato eBook Kindle pela Amazon, todos elaborados pelo coassinatário desta nota João Pedro Casarotto.

nulas de pleno direito pois afrontam a ordem econômica prevista na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, como expomos a seguir.

O caput do artigo 170, da CRFB, assim estabelece (grifamos):

*Art. 170. **A ordem econômica, fundada** na valorização do trabalho humano e **na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

Este dispositivo inicial do Capítulo dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, fixa a regra geral constitucional: a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa.

Por sua vez, o artigo 173, da CRFB, estabelece (grifamos):

*Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a **exploração direta de atividade econômica** pelo Estado **só será permitida quando necessária** aos **imperativos da segurança nacional** ou a **relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei.*

*§ 1º **A lei estabelecerá o estatuto jurídico** da empresa pública, **da sociedade de economia mista** e de suas subsidiárias **que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**, dispondo sobre:*

*I - sua função social e **formas de fiscalização** pelo Estado e **pela sociedade**;*

*II - a sujeição ao **regime jurídico próprio das empresas privadas**, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;*

*III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, **observados os princípios da administração pública**;*

*IV - a constituição e o funcionamento dos **conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários**;*

*V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.*

*§ 2º As empresas públicas e **as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado**.*

*§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.*

*§ 4º **A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.***

*§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.*

Este artigo 173 remete para a legislação posterior a regulamentação das sociedades de economia mista, mas, ao mesmo tempo, estabelece os mandamentos e os contornos que devem nortear a elaboração desta norma regulamentadora.

O primeiro mandamento – fixado no "caput" – é de que não cabe ao Estado a exploração de atividade econômica, mas deixa aberta a possibilidade de que, excepcionalmente, isto possa vir a ocorrer em casos específicos e previstos na própria CRFB.

O segundo mandamento – também fixado no "caput" - é de que a sociedade de economia mista poderá existir para a exploração direta de atividade econômica.

Porém, sempre que o Estado, utilizando-se desta exceção constitucional, pretender exercer alguma atividade econômica ele precisará comprovar a existência de um dos dois pressupostos básicos que são: a) o atendimento aos imperativos da segurança nacional; e b) o atendimento relevante de interesse coletivo.

No primeiro pressuposto, o Estado poderá exercer a atividade econômica desde que isto seja um imperativo de segurança nacional, isto é, não pode ser um mero motivo, mas um motivo imperioso, impostergável, indeclinável e inarredável.

No segundo pressuposto, o Estado poderá exercer a atividade econômica desde que seja para atender relevante interesse coletivo, portanto aqui também não é um mero motivo, mas um motivo que tenha relevância, que seja destacável, notável e imprescindível.

Um relevante interesse coletivo não pode ser confundido com o interesse de um eventual governante nem com o interesse de uma evanescente base parlamentar, que nada mais é do que um mecanismo legislativo que reúne um forte grupo de parlamentares que proporcionaria a dita "governabilidade".

Aliás, este mecanismo, de regra, gera um astucioso dualismo maniqueísta na casa legislativa – base aliada e oposição - para falaciosamente criar apenas duas bandas diametralmente opostas onde uma - a do bem – defenderia a governabilidade e o éden administrativo e a outra – a do mal – defenderia a ingovernabilidade e o manicômio administrativo.

De qualquer modo, estas duas exceções que justificariam a criação de uma sociedade de economia mista (imperioso motivo de segurança nacional e relevante interesse coletivo) são aquelas abertas para atender motivos excepcionais, que, por serem excepcionais, tendem, como regra geral, a desaparecer.

Por este motivo, é importante que a legislação criadora aponte, especifique, precise, dimensione, restrinja de forma absolutamente clara qual é a exceção justificadora da criação daquela sociedade de economia mista bem como qual é a expectativa de tempo para a sua duração.

Desta maneira, como regra geral, os atos constitutivos devem prever reavaliações periódicas a fim de que seja verificada a permanência da exceção originária e também prever a extinção da sociedade quando ocorrer o falecimento do motivo da criação, o que nos leva a concluir que nenhuma sociedade de economia mista pode ser constituída por tempo indeterminado.

Por sua vez, o parágrafo primeiro, deste artigo 173, deixa bem delineado quais são as atividades econômicas possíveis de serem exercidas pelo Estado: a) produção de bens; b) comercialização de bens; e c) prestação de serviços.

Uma rápida observação: estas atividades são excludentes, ou uma ou outra ou outra, portanto uma sociedade de economia mista tem que exercer uma única atividade, regra que visa evitar o gigantismo estatal.

Nos incisos deste parágrafo primeiro, encontramos o delineamento peculiar de uma sociedade de economia mista, que é a sujeição ao direito público e ao mesmo tempo ao direito privado.

A sociedade de economia mista deve ter bem definida: a) a sua função social; b) as formas de fiscalização do Estado e da Sociedade; c) a submissão aos princípios da administração pública para a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações; e d) a submissão às normas do direito público.

Da mesma forma, a sociedade de economia mista deve ter bem claro: a) a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas; b) a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e c) a submissão às normas do direito privado.

O fato de a sociedade de economia mista estar sujeita aos dois direitos, o público e o privado, não significa que ela esteja em um limbo jurídico que lhe dá o direito de atuar segundo o entendimento dos seus circunstanciais agentes políticos instituidores e administradores.

Os parágrafos segundo e quarto, deste artigo 173, estabelecem que as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais que não sejam extensivos ao setor privado e estabelecem também que será reprimido o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, o que às nivela às empresas do setor privado.

Daí nasce o segundo motivo desta nossa sugestão que é o de que, ao participarem do mercado de operações de securitização, de operações de emissão ou de operações de colocação de valores mobiliários, com lastro ou não em direitos creditórios, as sociedades de economia mista e os fundos, especiais ou públicos, desequilibram a concorrência uma vez que, por conta dos enormes volumes financeiros administrados pelos governos, têm condições de: 1) movimentar e captar vultosos recursos junto aos investidores; e 2) pagar desproporcionais juros, comissões, honorários, e todos os demais custos operacionais necessários para a montagem destas operações como, por exemplo, a securitização da dívida ativa.

Além disto elas podem: 1) utilizar as estruturas orgânicas tanto das Fazendas Públicas quanto das Procuradorias Públicas para o desempenho de atividades fundamentais durante todo o processo, pois elas atuam desde a constituição até a cobrança dos direitos creditórios; e 2) dada a momentaneidade dos governantes, expor os recursos públicos envolvidos nas operações com alguma eventual imoderação tanto da parte dos investidores quanto da parte dos próprios gestores públicos.

Daí nasce o terceiro motivo desta nossa sugestão que é o da preservação dos interesses dos investidores e dos interesses dos próprios gestores públicos, pois, mesmo após o Supremo Tribunal Federal já ter fixado três teses com repercussão geral e publicadas sob os temas números 666, 897 e 899, ainda não está de todo pacificada a questão da prescritibilidade ou da imprescritibilidade do dano à Fazenda Pública.

No debate sobre o conjunto destes três temas feito por proeminentes acadêmicos, em especial da área do direito financeiro, fica muito claro que, em alguns casos específicos, o dano ao erário ainda pode ser entendido como sendo imprescritível.

Ora, isto significa dizer que, a qualquer tempo, tanto os investidores quanto os gestores públicos podem vir a ter de responder a processo instaurado por algum órgão de controle em função da avaliação de um agente público sobre a utilização de alguma ou algumas disposições contratuais para a realização de alguma ou algumas operações.

Assim, de todo o exposto, defendemos que, para a proteção da sociedade, dos investidores e dos gestores públicos (governadores, prefeitos, secretários e outros ordenadores de despesas) a Comissão de Valores Mobiliários deve impedir que tanto as sociedades de economia mista gestoras de ativos estatais quanto os fundos especial ou público, inscritos ou não no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, atuem no mercado de operações de securitização, de operações de emissão ou de operações de colocação de valores mobiliários, com lastro ou não em direitos creditórios.

Atenciosamente,



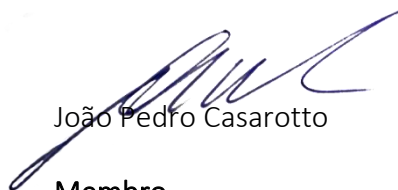
Rodrigo Keidel Spada

**Presidente**



Roberto Kupski

**Presidente de Honra**



João Pedro Casarotto

**Membro**