

VOLUME

4



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS

CONSOLIDAÇÃO
DE ENTENDIMENTOS
TÉCNICOS
Decisões em Consultas

FINANÇAS PÚBLICAS

CONSOLIDAÇÃO DE ENTENDIMENTOS TÉCNICOS

Decisões em Consultas

A obra que se apresenta visa suprir uma enorme lacuna presente no controle administrativo no Estado do Amazonas, relativo ao entendimento da Corte Estadual de Contas quanto a relevantes questões de ordem pública administrativas, servindo assim de grande valia aos jurisdicionados, operadores do direito administrativo e escritórios de contabilidade pública no Estado, que agora contam com esta literatura consultiva.

Em abordagem direcionada, clara e em formato de artigo (texto), o Tribunal de Contas do Amazonas lança esta Consolidação com o escopo de não só apresentar o seu posicionamento a respeito de diversos temas que envolvem o controle administrativo, mas também de facilitar a leitura e compreensão através do formato apresentado.

São 4 exemplares que compreendem a obra, cada um trazendo distinta e corriqueira temática colacionada pelos próprios jurisdicionados do TCE, através dos processos de Consulta, e são elas: Agentes Públicos, Aposentadoria, Licitações e Contratos Administrativos e Finanças Públicas. O diferencial é que cada artigo traz na página inicial uma leitura dinâmica sobre o que será abordado, com a delimitação temática e a síntese do questionamento do consulente e do Tribunal.



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS

CONSOLIDAÇÃO DE ENTENDIMENTOS TÉCNICOS

Decisões em Consultas

FINANÇAS PÚBLICAS

ORGANIZADOR	Érico Xavier Desterro e Silva
PESQUISA, TEXTO E EDIÇÃO GERAL	Harleson dos Santos Arueira Alexandre Costa Dantas de Moura
PESQUISA DE TEXTOS	Lais Regina Lima Paixão e Silva Solange Barrella Mansan Leonardo de Araújo Bezerra Caroline Basilio Klenke Andréia Vilela de Oliveira Cruz
DIAGRAMAÇÃO	Aquarius Publicidade
CAPA E PROJETO VISUAL	Aquarius Publicidade
TIRAGEM	1000 Exemplares

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica feita pelo autor**

Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.
Consolidação de Entendimentos Técnicos: Decisões em Consultas / Tribunal
de Contas do Estado do Amazonas. - Manaus: 2013.
112 p.; 145x210 mm

1. Entendimentos Técnicos em Consultas. 2. Direito Público: Administrativo
e Financeiro. I. Agentes Públicos. II - Aposentadoria. III - Licitações e Contratos
Administrativos. IV - Finanças Públicas.

Missão

Exercer o controle da gestão dos recursos públicos, orientando e fiscalizando sua correta e efetiva aplicação em benefício da sociedade amazonsense.

Visão

Ser instituição de excelência no controle e no aprimoramento da gestão pública, garantido a devida visibilidade e credibilidade de suas ações à sociedade amazonense.

Valores

Ética, independência, efetividade, comprometimento, visibilidade e orientação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS

CORPO DELIBERATIVO INSTITUCIONAL

PRESIDENTE	CONSELHEIRO ÉRICO XAVIER DESTERRO E SILVA
VICE-PRESIDENTE	CONSELHEIRO JOSUÉ CLAUDIO DE SOUZA FILHO
CORREGEDOR	CONSELHEIRO ARI JORGE MOUTINHO DA COSTA JÚNIOR
OUVIDOR	CONSELHEIRO LUCIO ALBERTO DE LIMA ALBUQUERQUE
COORDENADOR GERAL DA ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS	CONSELHEIRO JÚLIO ASSIS CORRÊA PINHEIRO
CONSELHEIRO	ANTONIO JULIO BERNARDO CABRAL RAIMUNDO JOSÉ MICHILES
AUDITORES	YARA AMAZÔNIA LINS RODRIGUES DOS SANTOS MÁRIO JOSÉ DE MORAES COSTA FILHO ALÍPIO REIS FIRMO FILHO
PROCURADOR GERAL	CARLOS ALBERTO SOUZA DE ALMEIDA
PROCURADORES	FERNANDA CANTANHEDE VEIGA MEDONÇA EVANILDO SANTANA BRAGANÇA ADEMIR CARVALHO PINHEIRO EVELYN FREIRE DE CARVALHO ROBERTO CAVALCANTI KRICHANÁ DA SILVA ELIZANGELA LIMA COSTA MARINHO JOÃO BARROSO DE SOUZA RUI MARCELO ALENCAR DE MEDONÇA ELISSANDRA MONTEIRO FREIRE
SECRETÁRIOS	FERNANDO ELIAS PRESTES GONÇALVES SECRETÁRIO GERAL DE ADMINISTRAÇÃO PEDRO AUGUSTO OLIVEIRA DA SILVA SECRETÁRIO GERAL DE CONTROLE EXTERNO MIRTYL FERNANDES LIMA JUNIOR SECRETÁRIO DO TRIBUNAL PLENO
ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS TCE-AM	JOSETITO DUTRA LINDOSO DIRETOR GERAL DA ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS

Palavra do Presidente

À frente da Presidência do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, parece-me razoável afirmar que, diante de diversos avanços experimentados, fruto da soma dos talentos, da inteligência e do comprometimento do nosso corpo técnico, esta Corte de Contas tem consolidado o seu papel de órgão de controle em uma sociedade marcada por mudanças.

Nessa senda, visando ao enfrentamento de desafios e à abertura de caminhos, aprez-me apresentar à sociedade amazonense, em especial aos agentes públicos, ordenadores de despesas e operadores do direito administrativo no Estado do Amazonas esta obra, que definimos apenas como as primícias ou o primeiro ensaio desta Corte de Contas de propagar seus entendimentos técnicos, ou seja, seu posicionamento a respeito das questões administrativas consideradas relevantes para o trato com a coisa pública, que por algum motivo jurídico ou prático gerou dúvida no jurisdicionado em relação ao modo de agir.

Assim, confrontados com as inúmeras consultas feitas anualmente por nossos jurisdicionados, oriundos das dúvidas que se fazem constantemente presentes na vida daqueles que lidam no dia a dia com a coisa pública, seja na administração direta ou indireta, no Estado ou nos 62 municípios que o compreendem, constatamos a necessidade de lançar esta obra exatamente para que esses gestores públicos tenham um norte célere e substancial sobre diversos temas administrativos já enfrentados por esta Corte, advindos de questionamentos muitas vezes corriqueiros em toda Administração e já levantados por seu colega de pasta ou município vizinho.

Desta feita, desejo a todos que manusearem as páginas dos 4 volumes desta obra sucesso em sua pesquisa e, principalmente, no resultado, ao aplicar as orientações aqui presentes na gestão da *res* pública.

Conselheiro **Érico Xavier Desterro e Silva**
PRESIDENTE DO TCE-AM

SUMÁRIO

	Apresentação.....	9
1	Legislação Aplicável ao Regime de Adiantamento de Valores	11
2	Possibilidade de se efetuar pagamentos de salários atrasados do exercício anterior, com recursos oriundos do FUNDEB, no ano seguinte.....	19
3	Legalidade de convênio entre Estado e Município inadimplente, sendo os recursos destinados a ações de educação.....	27
4	Lançamento na Alteração do Detalhamento de Despesa - ADD	35
5	Atribuição de Personalidade Jurídica aos Fundos Especiais disciplinados nos artigos 71 a 74 da Lei n. 4.320/64	41
6	Regularidade Fiscal da Empresa quando do pagamento da despesa	49
7	Impugnação das Contas do Tomador pelo Ordenador de Despesas: Reflexos.....	57
8	Legalidade da inclusão na base de cálculo descrita no art. 29-A da CF/88, das contribuições sociais cobradas dos servidores públicos municipais (Previdenciária e Assistência Médica).....	65
9	A integração das contribuições CIDE e COSIP na transferência de receita do município para fins do duodécimo da Câmara Municipal	73

10	Receitas que constituem a base de cálculos para investimento em educação.....	81
11	Titularidade do produto da arrecadação do Imposto de Renda Retido na Fonte no Poder Legislativo Municipal.....	89
12	Uso de apólices da dívida pública como garantia à execução dos contratos.....	99

Apresentação

A presente obra visa suprir uma enorme lacuna presente no controle administrativo no Estado do Amazonas, relativo ao entendimento da Corte Estadual de Contas quanto a relevantes questões de ordem público-administrativas.

Esse primeiro ensaio de preenchimento de lacunas pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE-AM) pretende alcançar principalmente seus jurisdicionados, que são aqueles que se dedicam à gestão da coisa pública, mas também os operadores do direito administrativo e os escritórios de contabilidade pública no Estado, que agora podem contar com esta literatura consultiva.

A obra compreende uma Consolidação de Entendimentos Técnicos do TCE-AM, por intermédio de Decisões em Consultas, todavia em formato de artigo. São 4 (quatro) volumes que a compreendem, cada um trazendo distinta e corriqueira temática colacionada pelos próprios jurisdicionados do TCE, que são: Agentes Públicos, Aposentadoria, Licitações e Contratos Administrativos e Finanças Públicas.

O diferencial é que cada artigo traz na página inicial uma leitura dinâmica sobre o que será abordado, com a delimitação temática e a síntese do questionamento do consulente e do Tribunal. Desse modo, a obra não tem por objetivo somente apresentar uma consolidação de decisões, tais como constam na instrução processual, mas a de facilitar a leitura e compreensão de todos que a manuseiam, como um guia prático, onde o leitor irá procurar na obra, o tema: por volume; e no volume, a delimitação desse tema. Ao se deparar com a delimitação do tema, de pronto observa o cerne do questionamento do autor e da decisão, prosseguindo assim com o seu desenvolvimento.

Desse modo, alinhada ainda a uma linguagem clara, simples e objetiva, extraíndo da decisão somente aquilo que se melhor utiliza, busca-se todas as classes de leitores, desde os não versados em direito, e que por dever funcional devem gerir recursos públicos, ordenando despesas, aos que tem *expertise* na área. Eis o que levou o TCE-AM a compilar essas Decisões, da forma em que se apresenta.

Assim, observando uma das funções primordiais das Cortes de Contas, a pedagógica, o TCE-AM desenvolve esta obra buscando a prevenção de impropriedades formais nos processos de sua natureza e responsabilidade, tanto para si quanto para o próprio jurisdicionado, que ao identificar um artigo que busca um prévio posicionamento do

Tribunal sobre determinada questão, pode livra-se da impropriedade, e assim, de uma recomendação ou sanção. Pois, não obstante o Tribunal reconheça certas dificuldades dos gestores públicos, não pode eximir-se nem eximi-los de suas responsabilidades.

Dito isto, vejamos a seguir um breve esboço do que encontraremos em cada volume da obra.

O *volume I* trata do tema *Agentes Públicos*, um dos principais gargalos de dúvidas dos gestores, exatamente porque trata do bem mais precioso da Administração Pública, ou seja, seus agentes ou simplesmente “pessoas”. São 17 artigos retirados de consultas reais feitas pelos próprios jurisdicionados, e dentre as delimitações temáticas presentes nesses artigos veremos a exemplo: “Vantagens pessoais, parcelas indenizatórias e teto remuneratório constitucional dos servidores públicos” ou ainda o “Alcance das restrições a obrigações e aumento de despesas com pessoal contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal”.

O *volume II* já traz o tema *Aposentadoria*, que também atinge diretamente os agentes públicos sob um novo prisma, a sua aposentadoria e seus entornos. São 11 artigos e dentre as delimitações temáticas presentes nesses artigos veremos a exemplo: “Reajustes nas aposentadorias quanto às vantagens auferidas pelos servidores” ou ainda “Aposentadoria e abono de permanência no tocante às regras de transição trazidas pelas EC 20/1998 e 41/2003”.

O *volume III*, na sequência, trata do tema *Licitações e Contratos Administrativos*, tema este de grande importância para o controle dos gastos públicos e a preservação do princípio constitucional da impessoalidade, dentre outros não menos importantes. São 16 artigos e em meio às delimitações temáticas presentes nesses artigos veremos: “Momento em que o contratado deve apresentar e estar com a certidão de regularidade fiscal em dia” ou ainda “Contratação de serviços artísticos pela Administração Pública”. Ressaltamos apenas os dois últimos artigos do volume, que não tratam especificamente do tema, mas auxiliam ao tratar de atos administrativos gerais.

O *volume IV*, por fim, traz o tema *Finanças Públicas*, tema muito delicado aos gestores públicos, principalmente nos quesitos Lei de Responsabilidade Fiscal, transferências de receitas e princípios que regem as finanças públicas. São 12 artigos e em meio às delimitações temáticas presentes nesses artigos encontramos: “A integração das contribuições CIDE e COSIP na transferência de receita do município para fins do duodécimo da Câmara Municipal” ou ainda “Receitas que constituem a base de cálculos para investimento em educação”.

Legislação Aplicável ao Regime de Adiantamento de Valores.

Consulta autuada sob Processo n. 120/2013.

Relator: Conselheiro Josué Claudio de Souza Filho.

Consulente:

Orientação quanto à legislação aplicável ao regime de adiantamento. Deve ser regulamentado pelo Poder Executivo Municipal através de **Decreto**, tendo previsão na Lei Orgânica deste Tribunal de Contas ou por **Lei**, como prevê a Lei 4320/64, que regulamenta o Direito Financeiro? Qual o valor máximo para a realização de adiantamento?

Tribunal Pleno:

“Responder ao consulente que:

(...) observe, com zelo e rigor, as determinações constantes na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (Lei n.2.423/1996) e do Decreto Estadual nº 16.396, de 22 de dezembro de 1994.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Prefeito de Coari, Sr. Manoel Adail Amaral Pinheiro, acerca de:

“01 – O Regime de Adiantamento deve ser regulamentado pelo Poder Executivo Municipal através de Decreto, sendo espécie de norma em sentido stricto, tendo previsão na Lei Orgânica deste Tribunal de Contas ou por Lei, também considerada em sentido stricto e não como gênero, como prevê a Lei 4.320/64, que regulamenta o Direito Financeiro?”

02 – Qual o valor máximo para a realização de Adiantamento?”

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, posiciona-se da seguinte forma:

“(…)

Do primeiro questionamento da Consulta (letra “a”):
“O Regime de Adiantamento deve ser regulamentado pelo Poder Executivo Municipal através de Decreto, sendo espécie de norma em sentido stricto, tendo previsão na Lei Orgânica deste Tribunal de Contas ou por Lei, também considerada em sentido stricto e não como gênero, como prevê a Lei 4.320/64, que regulamenta o Direito Financeiro?”

É dever do gestor público planejar a aplicação dos recursos públicos. No entanto, há situações/despesas que, a despeito de não terem sido planejadas, deverão ser atendidas, uma vez que o seu não atendimento poderá ocasionar prejuízos à Administração. É diante dessas excepcionalidades que o gestor público, não podendo esperar pelo procedimento licitatório, vale-se do Regime de Adiantamento.

O Regime de Adiantamento, também denominado de Suprimento de Fundos, tem previsão na Lei nº 4.320/64, e estabelece o Regime de Adiantamento é aplicável aos casos definidos em lei:

Art. 68. *O regime de adiantamento é aplicável aos casos de despesas expressamente definidos em lei e consiste na entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação.*

Dispondo sobre o mesmo tema, a Lei nº 2.423, de 10.12.1996 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas - estabelece que o Poder Executivo, Estadual e Municipal, regulamentará por meio de

Decreto a concessão de adiantamento.

Art. 12 - Para despesas que não possam subordinar-se aos processos normais de aplicação, poderá ser adotado o regime de adiantamento.

*§ 1º - O Poder Executivo, Estadual e Municipal, regulamentará através de **Decreto**, a concessão de adiantamento, observadas as seguintes normas:*

(...)

De plano, cabe ressaltar que, ao impor a necessidade de **lei** para fixação dos casos de suprimento de fundos, a norma se refere ao **sentido amplo** do termo. Tanto é assim que, na esfera federal, a matéria é regulamentada pelo **Decreto nº 93.872/86**, com as alterações do Decreto nº 95.804/88 e na estadual pelo **Decreto nº 16.396/94**, de 22 de dezembro de 1994.

Interpretando o conjunto normativo acima transcrito, fica evidenciada a autonomia de que dispõem os entes federativos para regulamentar seu próprio Regime de Adiantamento, **seja por lei seja por decreto**.

Na letra “b” da Consulta, indaga-se: “Qual o valor máximo para a realização de Adiantamento?”

Partindo do pressuposto que a regra é licitar, sendo exceção utilizar-se do Regime de Adiantamento, o legislador quis impor um valor limite para os casos que não podem ser submetidos ao procedimento licitatório. Observe-se que o parágrafo único da Lei 8.666/93 leva a esse entendimento:

Art. 60. (...)

parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art, 23, inciso II, alínea “a” desta Lei, feitas em regime de adiantamento;

Na esfera estadual, a questão dos limites é abordada no **Decreto nº 16.396/94**, cujo art. 4º estabelece o seguintes valores

máximos para adiantamentos, *in verbis*:

Art. 4º Poderão ser realizados por meio de adiantamento as seguintes despesas:

I. serviços e compras de pequeno vulto e pronto pagamento, desde que o total da concessão não ultrapasse a 5% (cinco por cento) do limite previsto na alínea "a", inciso II do art. 23 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993;

(...)

§ 3º - Em casos especiais devidamente justificados, poderão ser atendidas por meio de adiantamento as seguintes despesas:

- a) com reforma ou recuperação de prédios públicos, desde que seu valor não exceda a 5 (cinco por cento) do limite estabelecido na alínea "a", inciso I, do art. 23 ad Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;
2. com material permanente, desde que não exceda 5% (**cinco por cento**) do limite estabelecido na alínea "a", inciso II, do art. 23 ad Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

Simetricamente, e em abono à autonomia dos Entes da Federação, nada impede que o município fixe, por meio de lei ou de outra espécie normativa, os valores do Regime de Adiantamento, dentro de parâmetros de razoabilidade e observados **em todos os casos, os valores máximos estabelecidos na Lei de Licitações e Contratos - nº 8.666/93**, de modo a viabilizar o efetivo controle dos gastos com suprimento de fundos, a exemplo da legislação estadual.

III - Da Conclusão.

Dessa forma, esta Consultoria Técnica entende, no mérito, ante os fatos e fundamento narrados no item II deste relatório e em abono à autonomia de que dispõem os entes federativos:

1. que, quanto ao primeiro questionamento (letra "a") da Consulta, o Município pode regulamentar seu próprio Regime de Adiantamento, **seja por lei seja por decreto**, mesmo porque a Lei 4.320/64 refere-se ao **sentido amplo** do termo lei.; e

2. que, quanto ao segundo questionamento (letra “b”), os valores máximos do Regime de Adiantamento podem ser fixados pelo Município dentro de parâmetros de razoabilidade e observados **em todos os casos, os valores máximos estabelecidos na Lei de Licitações e Contratos - nº 8.666/93.**

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto Almeida que, em fundamentação divergente da Consultoria Técnica, emitiu seu Parecer nos autos:

“(…)

Analisando os autos, verifica-se a existência de uma questão prejudicial de mérito, que passaremos a abordar.

O § 2º do art. 274 da Resolução nº 04/2002 (RITCE), é claro em afirmar:

§ 2º As consultas versarão sobre o direito em teses, vedada a expressão de casos concretos, sob pena de não conhecimento, salvo se referente a terceiro Órgão ou Entidade, com fim meramente ilustrativo.

Corroborando o acima exposto, o inciso XXIII do art. 1º da Lei nº 2423/1996, dispõe que compete ao TCE/AM:

XXXIII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, possuindo a resposta caráter normativo e constituindo prejudicamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, na forma estabelecida no Regimento Interno;

Desta forma, verifica-se claramente que o Tribunal de contas somente tem competência para apreciar consultas em abstrato, não tendo competência para apreciar consultas que versam sobre casos concretos, como é o caso dos autos.

Observa-se nitidamente que a consulta em questão versa sobre uma questão concreta, como bem ressaltado pela advogada dos

autos ao afirmar ser uma situação fatídica, de maneira que, caso a presente consulta seja respondida por esta corte de contas, estará dando solução a uma questão concreta e, via de consequência, violando sua Lei Orgânica e Regimento Interno, razão pela qual a presente consulta não deve ser conhecida.

Assim, face a questão se tratar de um caso em concreto, esta procuradoria fica até mesmo impossibilitada de emitir qualquer manifestação de mérito na presente consulta.

IV. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opino, pelo não conhecimento da consulta, por violação do § 2º do art. 274 da Resolução nº 04/2002 (RITCE) e do inciso XXIII do art. 10 da Lei Nº 2423/1996, uma vez que se trata de consulta que versa sobre caso concreto.

Assim sendo, com as divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Josué Claudio de Souza Filho, que em manifestação divergente do órgão ministerial, assim manifestou seu voto:

“(…)

CONSIDERANDO o entendimento do Ilustre Procurador-Geral, Dr. Carlos Alberto Souza de Almeida, acerca do não conhecimento da presente consulta por seu objeto referir-se a caso concreto, exponho meu posicionamento.

Embora a questão acerca de a Consulta ora discutida tratar ou não de caso concreto seja determinante para o seu conhecimento, análise e julgamento, entendo que este aspecto, em determinados casos, pode ser mitigado ante a imperiosa necessidade de levar ao gestor público o conhecimento e a informação que se mostram necessários para o bom e correto andamento dos atos praticados, priorizando-se, desta forma, o interesse público.

Neste diapasão, o Tribunal de Contas, em nome das atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal e para

permitir que a sociedade seja a única beneficiada pelos atos de seus gestores, desenvolve, na prática de seus atos, o caráter orientador, buscando harmonizar a aplicação da lei com a realidade vivenciada pelos órgãos públicos, indicando, por meio de suas decisões, a correta e devida interpretação dos dispositivos legais que constituem nosso ordenamento jurídico.

Assim, recorro ao caráter orientador desta Egrégia Corte de Contas, cujo papel fundamental é impor a aplicação da norma progressivamente, observando, sobretudo, a estrutura organizacional sobre a qual incide e pondo em relevo a nobreza da sua função didático-orientadora, antes da punitiva, para sugerir aos meus Digníssimos Pares que, mitigando o aspecto concreto ou não sobre o qual recai o objeto dos presentes autos, comunique ao Consultante o teor do Voto que será exposto abaixo.

O Regime de Adiantamento consiste em despesa expressamente definida em lei, que não possa subordinar-se ao processo ordinário ou comum (procedimentos licitatórios), e caracteriza-se como pequena compra de pronto pagamento, consistindo na entrega de numerário para determinado servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria.

O instituto do Adiantamento é tratado na Lei Orgânica desta Egrégia Corte de Contas, Lei nº 2423/96, nos artigos 12 e 13, que regulam de forma expressa e clara a concessão dos adiantamentos e todo o trâmite que deve, obrigatoriamente, ser seguido no processo correspondente, indicando, inclusive, o instrumento normativo que deverá ser utilizado.

Há de se considerar, ainda, as determinações previstas no Decreto Estadual nº 16.396, de 22 de dezembro de 1994, em que também são tratadas as particularidades do Regime de Adiantamento, inclusive, no que concerne aos limites permitidos pela legislação vigente.

CONSIDERANDO, por fim, as informações expostas, submeto-lhes o presente Voto sugerindo ao Egrégio Tribunal Pleno que, em atenção ao caráter orientador desta corte, informe ao Sr. Manoel Adail Amaral Pinheiro, Prefeito Municipal de Coari, que observe, com zelo e rigor, as determinações constantes na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado

do Amazonas (Lei n.2423/1196) e do Decreto Estadual n. 16.396, de 22 d.e dezembro de 1994.

Ante todo o exposto, VOTO, sugiro ao Egrégio Tribunal pleno, dentro da competência prevista no art. 11, IV, "f", da Resolução 04/2002, que:

1. Comunique ao Sr. Manoel Adail Amaral Pinheiro, Prefeito Municipal de Coari, para que observe, com zelo e rigor, as determinações constantes na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (Lei n. 2423/96) e do Decreto Estadual nº 16.396, de 22 de dezembro de 1994.
2. Determine o arquivamento dos presentes autos.

É como voto.”

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, compulsou-a, e conheceu nos termos do Voto condutor, emitindo PARECER ao Consulente, na Sessão Ordinária de 7 de março de 2013, presidida pelo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva; presentes os Conselheiros Josué Claudio de Souza Filho (Relator), Lúcio Alberto de Lima Albuquerque, Júlio Cabral, Raimundo José Michiles, Ari Jorge Moutinho da Costa Júnior, o Auditor Mário José de Moraes Filho (convocado), bem como o representante ministerial, Procurador Carlos Alberto de Almeida.

Possibilidade de se efetuar pagamentos de salários atrasados do exercício anterior, com recursos oriundos do FUNDEB, no ano seguinte.

Consulta autuada sob Processo n. 387/2012.

Relator: Auditor Mário José de Moraes Costa Filho.

Consulente:

Orientação quanto à possibilidade de se efetuar pagamentos em município onde o Gestor de Recursos, no caso o Prefeito, deixou de efetuar pagamentos com recursos oriundos do FUNDEB aos profissionais da educação, no último trimestre do ano anterior. Poderá assim, outro gestor efetuar tais pagamentos no ano seguinte, considerando ser outra dotação orçamentária? E, qual a medida que pode ser tomada, para que esse gestor não seja penalizado, caso ele use os recursos que sobraram em caixa para efetuar tais pagamentos que ficaram pendentes pelo outro gestor?

Tribunal Pleno:

“Responder ao consulente que: (...) os recursos oriundos do FUNDEB devem ser utilizados dentro do exercício em que foram creditados, condicionando apenas a utilização de eventual saldo no primeiro trimestre do exercício subsequente, contudo, o mencionado saldo não pode ter sido comprometido para outro fim, devendo ficar adstrito ao percentual de 5% do valor re-

cebido durante o exercício e deverá ser utilizado mediante a abertura de crédito adicional; Quanto ao segundo questionamento, fica claro (como consequência lógica da resposta do primeiro questionamento) que se o gestor público utilizar os recursos oriundos do FUNDEB sem observar os requisitos da Lei n. 11.494/2007, o mesmo será penalizado pelo descumprimento aos preceitos legais;(...).”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Prefeito de Boa Vista do Ramos, Sr. Marlon Trindade Teixeira, acerca da possibilidade de:

*“01 – (...) Em Município onde o gestor de recursos, no caso o Prefeito, deixou de efetuar pagamento com recursos oriundos do FUNDEB a profissionais da educação (professores, gestores, vigias, auxiliares de serviços gerais, merendeiras e transportadores escolares), nos meses de outubro, novembro e dezembro **do ano anterior**. Assumindo outro gestor no ano seguinte poderá efetuar tais pagamentos, haja vista ser outra dotação orçamentária;*

02 - Qual a medida que pode ser tomada, para que este gestor não seja penalizado, caso ele use os recursos que sobraram em caixa para efetuar tais pagamentos que ficaram pendentes pelo outro gestor.”

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei e em decisão do TCE de Pernambuco, posiciona-se da seguinte forma:

“(...)

O art. 21 da Lei 11.494/2007, assim estabelece:

***Art. 21.** Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de contemplação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados,*

em ações consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no art. 70 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. (g.n)

E no § 2º do citado artigo está albergada a possibilidade, condicionada, de se utilizar **eventual saldo** no primeiro trimestre do **exercício subsequente**, *in verbis* :

§ 2º Até 5 (cinco por cento) dos recursos recebidos à conta dos Fundos, inclusive relativos à complementação da união recebidos nos termos do § 1º do art. 6º desta lei, poderão ser utilizados no 1º (primeiro) trimestre do exercício imediatamente subsequente, mediante abertura de crédito adicional.” (g.n)

Acerca do tema, o MANUAL DE CONTABILIDADE PÚBLICA APLICADA AO SETOR PÚBLICO – 2009, do Ministério da Fazenda (Secretaria do Tesouro Nacional) e do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão (Secretaria de Orçamento Federal), orienta¹:

“Tendo em vista a obrigatoriedade de utilizar os recursos do fundo dentro do exercício em que forem creditados, levando-se ainda em consideração que os recursos são distribuídos com base em estatísticas que apontam o valor mínimo necessário por aluno para que o objetivo do fundo seja alcançado dentro do exercício financeiro, não é recomendável o comprometimento do orçamento do ano seguinte com despesas realizadas sem recursos disponíveis” (g.n)

O Conselheiro Romário Dias, do TCE de Pernambuco, relatando Consulta formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Amaraji, assim se manifesta²:

“Pela simples leitura do texto constitucional, pode-se afirmar que a periodicidade da aplicação dos recursos do antigo FUNDEF e do atual FUNDEB deverá ser anual afastando a possibilidade de aplicação em despesas contraídas em exercícios anteriores. “(g.n)”

1. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br>

2. Disponível em http://www4.tce.pe.gov.br/internet/index.php?option=com_content&view=article&id=1027:recursos-do-fundeb-nao-podem-ser-utilizados-para-pagar-divida-de-exercicios-anteriores-&catid=188:2009-outubro&Itemid=168

III – Da Conclusão.

Dessa forma, esta Consultoria Técnica entende, no mérito, em abono à manutenção dos padrões mínimos de qualidade do ensino que a Constituição visou preservar e ante os fatos e fundamentos narrados no item II deste Relatório:

a) quanto ao primeiro questionamento (letra *a*), os recursos do fundo **devem ser totalmente utilizados durante o exercício em que forem creditados, admitindo-se que eventual saldo (não comprometido) possa ser utilizado no primeiro trimestre do exercício subsequente, mediante abertura de crédito adicional, desde que não ultrapasse 5% do valor recebido durante o exercício**, incluído aí o valor relativo à complementação da União.

b) quanto ao segundo questionamento (letra *b*), eventuais débitos resultantes de **exercícios anteriores**, portanto, **deverão ser pagos com recursos que não sejam oriundos do FUNDEB**.

É o Relatório Conclusivo.”

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto Almeida que, em fundamentação consonante à Consultoria Técnica, emitiu seu Parecer nos autos:

“(…)

Inicialmente cumpre salientar a admissibilidade da Consulta tendo em vista a legitimidade do Consulente e a matéria objeto de esclarecimento, na linha do que preceitua o art. 274, caput e inc. I, do RITCE.

Na questão de fundo, entendo que a Lei n. 11.494/2007, que regulamenta o FUNDEB, disciplina claramente a utilização de recursos deste Fundo para pagamento de dívidas pretéritas.

É nítido o que dispõe o art.21, do supracitado diploma legal:

Art. 21 Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de contemplação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados (...)

Observamos, todavia, que a periodicidade anual a que se refere o artigo retromencionado pode ser excepcionada, *ex vi* do seu § 2º, quando até 5% dos recursos recebidos poderão ser utilizados no 1º trimestre subsequente.

III - CONCLUSÃO

Isso posto, opino, em consonância com a Consultoria Técnica desta Egrégia Corte, pela admissão e, no mérito:

- a. Que os recursos do fundo sejam utilizados de acordo com a anualidade prevista, exceção feita à possibilidade de utilização de até 5% do valor recebido na trimestralidade subsequente;
- b. Pela impossibilidade de utilização de recursos do FUNDEB para pagamento de despesas distintas ou que ultrapassem o percentual acima descrito.”

Desse modo, **sem divergências** de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Auditor Mário José de Moraes Costa Filho, que ao acolher o entendimento do Ministério Público, assim apresentou a proposta de voto:

Adentrando na análise meritória da presente Consulta, constata-se que o Consulente almeja um posicionamento acerca da possibilidade de gestores públicos utilizarem recursos do FUNDEB para pagar dívidas de exercícios anteriores (pagamento de profissionais da Educação), indagando, ainda, qual medida deve ser efetuada para que o Gestor não sofra nenhuma penalidade.

Primeiramente, cumpre-me destacar a existência da Lei n. 11.494, de 20 de junho de 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valo-

rização dos Profissionais da Educação – FUNDEB.

Ao realizar detida leitura da Lei n. 11.494/2007, verifica-se que seu artigo 21, caput, e o §2º, assim dispõem:

Art. 21. Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de contemplação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no artigo 70 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

(...)

§2º. Até 5 (cinco por cento) dos recursos recebidos à conta dos Fundos, inclusive relativos à complementação da união recebidos nos termos do §1º do art. 6º desta lei, poderão ser utilizados no 1º (primeiro) trimestre do exercício imediatamente subsequente, mediante abertura de crédito adicional.

(grifo nosso)

Pela leitura do dispositivo acima mencionado, a conclusão que se pode chegar é que os recursos do FUNDEB devem ser utilizados dentro do exercício em que foram creditados, condicionando, apenas, a utilização de eventual saldo no primeiro trimestre do exercício subsequente.

Contudo, a lei enfatiza que o saldo a ser usado não pode ter sido comprometido para outro fim, e, ainda, deve ficar adstrito ao percentual de 5% do valor recebido durante o exercício, só podendo ser utilizado mediante a abertura de crédito adicional.

Portanto, se o gestor público utilizar os recursos oriundos do FUNDEB sem observar os requisitos legais acima delimitados, ou seja, realizando pagamento de despesas distintas, realizadas em outro exercício ou que ultrapassem o percentual acima estabelecido, fica claro que o gestor será penalizado pelo descumprimento aos preceitos legais.

CONCLUSÃO

Dessa feita, concordando com as orientações defendidas pelo Ministério Público Especial, PROPONHO VOTO no sentido de que o Egrégio Tribunal Pleno, dentro da competência atribuída pelo art. 11, IV, “f”, do Regimento Interno, pelo conhecimento da presente Consulta, com fundamento art. 1º, XXIII, da Lei n. 2.423/96 c/c o art. 5º, XXIII, e 274, § 2º, do Regimento Interno desta Corte de Contas, e, no mérito, entendo que a dúvida do Consulente deve ser dirimida nos seguintes termos:

1. Quanto ao primeiro questionamento, fica elucidado que os recursos oriundos do FUNDEB devem ser utilizados dentro do exercício em que foram creditados, condicionando, apenas, a utilização de eventual saldo no primeiro trimestre do exercício subsequente, contudo, o mencionado saldo não pode ter sido comprometido para outro fim, devendo ficar adstrito ao percentual de 5% do valor recebido durante o exercício e deverá ser utilizado mediante a abertura de crédito adicional;
2. Quanto ao segundo questionamento, fica claro (como consequência lógica da resposta do primeiro questionamento) que se o gestor público utilizar os recursos oriundos do FUNDEB sem observar os requisitos da Lei n. 11.494/2007, o mesmo será penalizado pelo descumprimento aos preceitos legais;
3. Por fim, não se pode olvidar do dever de informação do Tribunal ao Consulente acerca da presente decisão, nos termos do artigo 278, §3º, da Resolução nº 04/2002 – TCE/AM.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, compulsou-a, e conheceu nos termos da Proposta de voto do relator, emitindo PARECER ao Consulente, na Sessão Ordinária de 28 de junho de 2012, presidida pelo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva; tendo como signatários além do presidente, o Auditor Substituto de Conselheiro Mário José de Moraes Costa Filho (Relator) e o representante ministerial, Procurador Carlos Alberto de Almeida, Júlio Cabral, Raimundo José Michiles, Júlio Assis Pinheiro, Josué Cláudio de Souza, Ari Jorge, Moutinho Júnior e Alípio Firmo Filho (Convocado).

Legalidade de convênio entre Estado e Município inadimplente, sendo os recursos destinados a ações de educação.

Consulta autuada sob Processo n. 3797/2011.

Relator: Conselheiro Josué Cláudio de Souza Filho.

Consulente:

Orientação quanto à possibilidade da Secretaria de Estado de Educação celebrar convênio com prefeituras municipais inadimplentes.

Tribunal Pleno:

“COMUNICAR ao Sr. Gedeão Timóteo Amorim, Secretário de Estado de Educação e Qualidade de Ensino que é lícito à Secretaria de Estado da Educação – SEDUC, celebrar convênios com Municípios do Estado do Amazonas que estejam inadimplentes junto à Administração Pública Direta ou Indireta, Federal, Estadual ou Municipal, desde que nos preceitos da exceção estipulada pelo § 3º do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Resguardando que tal exceção não incorre prejuízo à responsabilização dos gestores nos âmbitos administrativo, civil e/ou penal e, ainda, à atuação do controle externo exercido por esta Corte de Contas.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretário de Estado de Educação, Sr. Gedeão Timóteo Amorim, acerca da

possibilidade da Secretaria de Estado de Educação celebrar convênio com prefeituras municipais inadimplentes, como segue:

01 - (...) orientação quanto à possibilidade desta Secretaria de celebrar convênio com prefeituras municipais inadimplentes, considerando as jurisprudências do Tribunal Regional Federal – 1ª Região e o objetivo de beneficiar a população que receberá os serviços a serem prestados de forma hábil.

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, na doutrina e na jurisprudência, posiciona-se pela possibilidade da Secretaria em celebrar convênios com prefeituras municipais inadimplentes, nos termos que seguem:

“(…)

Requer a presente consulta esclarecimentos acerca da possibilidade de ser realizado convênio com a prefeitura que estiver em situação de inadimplência junto a órgão ou entidade da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual ou Municipal, consoante estabelecem a Resolução nº 03/1998 do TCE e Instrução Normativa nº 008/2004.

(…)

Extrai-se, ainda, da Lei Complementar nº 101/2000, que a aplicação de sanção de suspensão de Transferências Voluntárias prevista na norma, não alcança todas as transferências, mas tão somente relativas às ações de Educação, Saúde e Assistência Social (art. 25, §3º).

(…)

Nesse sentido, entendemos que as imposições trazidas pela Resolução nº 03/1998 e a Instrução Normativa nº 008/04 quanto à proibição de se realizar convênios com entidades inadimplentes não deve alcançar às ações de Educação, Saúde e Assistência Social, nos termos do que se encontra perfilhado no art. 25 §3º,

da LRF.

(...)

Por essa razão, salienta-se que, ainda que houvesse um conflito aparente das normas aqui analisadas (Resolução nº 03/1998, Instrução Normativa nº 008/2004 e Lei Complementar nº 101/2000), dever-se-ia prevalecer os ditames prescritos na Lei de Responsabilidade Fiscal, eis que, segundo a Teoria Geral do Direito, é aquela com predisposição de superioridade em relação às demais.

Dessa forma, esta Consultoria Técnica manifesta-se pelo conhecimento da presente Consulta e entende, no mérito, ante os fundamentos narrados no item II deste Relatório, pela possibilidade de a Secretaria de Estado da Educação e Qualidade de Ensino do Amazonas celebrar convênios com prefeituras municipais inadimplentes junto às entidades da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual ou Municipal, para o fim de atender necessidades essenciais da coletividade, nos termos do art. 25, §3º da Lei Complementar nº 101/2000.”

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto de Almeida, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procuradora-Geral, em fundamentação consonante à Consultoria Técnica, onde concluiu:

“(...)

Na questão de fundo, não vislumbro a possibilidade de que norma administrativa, ou seja, uma Resolução ou Instrução Normativa, submetidas que estão à Lei em sentido estrito, consoante art. 59 e ss. da Constituição Federal, possam afastar a aplicação de dispositivo de Lei Complementar. Explica-se.

Na Consulta sob exame, a dúvida exsurge do fato de que a Resolução 003/1998, art. 16 e a Instrução Normativa n. 008/2004, em seu art. 2º, VII, e art. 3º, exigirem que os municípios ou qualquer pessoa jurídica de direito público ou privado estejam adimplentes em relação a convênios anteriores, prestações de

contas entre outras objeções.

No entanto, como apontada na Consulta e na manifestação do Departamento Jurídico deste Tribunal de Contas, o parágrafo 3º do art.25 da Lei Complementar n. 101/2000, excetua, na hipótese, para fins de aplicação de suspensão de transferências voluntárias, as ações nas áreas de saúde, educação e assistência social.

(...)

Portanto, considerando a exceção prevista no referido dispositivo legal, entendo que a interpretação que deve ser dada a fim de se harmonizar os dispositivos em discussão é a de que, em se tratando de ações de saúde, assistência social e educação, não poderá haver restrições na realização de novos convênios, por exemplo, com municípios inadimplentes.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça assim tem se manifestado, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVÊNIO. LIBERAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS PARA EDUCAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. REQUISITO DISPENSÁVEL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 25, § 3º, DA LC 101/2000. PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. 1. Na hipótese examinada, o Município de Pontal do Paraná/PR impetrou mandado de segurança preventivo no qual objetiva o recebimento de verbas públicas decorrentes de convênio firmado com o Estado do Paraná, que tem por objeto o auxílio financeiro ao ente público para oferecer condições à prestação de serviços de transporte escolar aos alunos da rede de ensino público estadual residentes na área rural do município, independentemente da apresentação de certidão negativa ao Tribunal de Contas, a qual estaria prevista no referido convênio. 2. A interpretação do art. 25 da LC 101/2000, especialmente do § 1º, incisos e alíneas, permite afirmar que é lícita a exigência de certidões que comprovem a regularidade do ente beneficiado com o repasse da transferência voluntária, entre as quais a pontualidade no pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos, bem como em relação à prestação de contas de recursos derivados de convênios

anteriores. Entretanto, a própria norma excepciona no § 3º as sanções de suspensão das transferências voluntárias relacionadas a ações de educação, saúde e assistência social, hipótese configurada nos autos. 3. “A certidão emitida pelo Tribunal de Contas em favor do município não é requisito para a liberação de recursos financeiros relativos a convênio celebrado entre a municipalidade e o Estado com o objetivo de auxiliar financeiramente a manutenção e o desenvolvimento do ensino fundamental público. Inteligência do art. 25, § 3º, da LC n. 101/2000” (excerto da ementa do RMS 20.044/PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 10.10.2005). 4. Provimento do recurso ordinário. (RMS 21.610/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 16/02/2009)¹.

(...)

Isso posto, **opino** pela admissão e provimento da Consulta formulada para reconhecer a possibilidade de a Secretaria de Estado da Educação – SEDUC celebrar convênios com os Municípios do Amazonas que estiverem inadimplentes junto à Administração Pública, Direta ou Indireta, Estadual ou Municipal, na linha do que preceitua o parágrafo 3º do art. 25 da LRF, devendo-se, na interpretação da Resolução n. 003/1998 e a Instrução Normativa nº 008/2004, observar-se a referida exceção, sem prejuízo da responsabilização dos gestores no âmbito administrativo, civil e penal pelas faltas que vierem a cometer na celebração, execução e fiscalização de convênios; e sem prejuízo da atuação do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas – TCE.”

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Josué Cláudio de Souza Filho.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir a conclusão do voto condutor, que assim salientou:

CONSIDERANDO a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), onde em seu art. 25, § 3º, con-

1. No mesmo sentido: STJ - RMS 20044-PR (RSTJ 200/189), MS 8440-DF

forme já bem ilustrado nos autos pelo Órgão Técnico e pelo Douto Ministerial, **excetuam-se** as transferências voluntárias relativas às ações da área de **educação**, saúde e assistência social do rol de aplicação de sanções de suspensão das aludidas transferências.

CONSIDERANDO o entendimento do Tribunal Regional Federal, no sentido de que o art. 25, § 3º da LRF, ressalva que os convênios e repasses para áreas de educação, saúde e assistência social não ficam proibidos em função da inadimplência da municipalidade, restando as referidas áreas excluídas da aplicação de sanção por descumprimento de regras para o repasse voluntário de recurso (AG 72594 MA 2005.01.00.072594-0). Ainda, nessa mesma direção, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça quanto à licitude da adimplência das entidades que efetuarem convênio com a Administração Pública Direta ou Indireta, Federal, Estadual ou Municipal, resguardando-se o disposto no § 3º do art. 25 da supracitada Lei, isto é, excluindo-se as transferências voluntárias relativas às áreas de educação, saúde e assistência social.

CONSIDERANDO a ciência do Direito como una e que sua divisão em áreas visa o melhor entendimento e a organização do ordenamento jurídico e doutrinário, recai sobre o operador do direito a responsabilidade de interpretar as normas de maneira a integrá-las e dirimir aparentes conflitos.

No cerne da presente consulta, não há que se falar com conflito entre as normas citadas, vez que em razão da hierarquia adotada pela nossa Constituição Federal (art. 59, CF/88), a Lei Complementar encontra-se em patamar superior às Resoluções e Instruções Normativas. Dessa forma, a aplicação destas deve ser realizada resguardando-se os preceitos daquela.

Isto posto, mesmo a Resolução nº 03/1998 e a Instrução Normativa nº 08/2004 versarem sobre a necessidade de adimplência das entidades convenentes, é lícita a celebração de convênios com Municípios do Estado do Amazonas que estejam inadimplentes junto a Administração Direta ou Indireta, Federal, Estadual ou Municipal, desde que nos moldes da exceção dada pela Lei Complementar nº 101/2000 (relativas as áreas de educação, saúde e assistência social).

Ante todo o exposto e concordando com as conclusões da CONSULTEC e com o Ministério Público Especial, **VOTO** sugerindo ao Egrégio Tribunal Pleno, dentro da competência prevista no art. 11, IV, "f", da Resolução 04/2002, que:

1. **Tome conhecimento da presente Consulta**, admitida pela Presidência deste Tribunal, por intermédio do Despacho de fls. 11/12, vez que a mesma preenche os requisitos estabelecidos no art. 1º, inciso XXIII, da Lei n. 2423/1996 e arts. 274, §§1º e 2º e 278, §2º da Resolução 04/02;
2. **Comunique** ao Sr. Gedeão Timóteo Amorim, Secretário de Estado de Educação e Qualidade de Ensino que é lícito à Secretaria de Estado da Educação – SEDUC, celebrar convênios com Municípios do Estado do Amazonas que estejam inadimplentes junto à Administração Pública Direta ou Indireta, Federal, Estadual ou Municipal, desde que nos preceitos da exceção estipulada pelo § 3º do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Resguardando que tal exceção não incorre prejuízo à responsabilização dos gestores nos âmbitos administrativo, civil e/ou penal e, ainda, à atuação do controle externo exercido por esta Corte de Contas;

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 24 de novembro de 2011, presidida pelo Conselheiro Júlio Pinheiro, tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Josué Filho (Relator) e o representante ministerial, Carlos Alberto de Almeida, Júlio Cabral, Yara Amazônia dos Santos (Convocada) e Alípio Firmo Filho (Convocado).

Lançamento na Alteração do Detalhamento de Despesa - ADD.

Consulta autuada sob Processo n. 2270/2010.

Relator: Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva.

Consulente:

Orientação quanto ao lançamento da Alteração do Detalhamento de Despesa - ADD no demonstrativo dos Créditos Autorizados na Lei Orçamentária dos Créditos Adicionais Abertos no Exercício.

Tribunal Pleno:

“Responder ao interessado que no lançamento das alterações do Detalhamento da Despesa no “Demonstrativo dos Créditos Autorizados na Lei Orçamentária - Créditos Adicionais Abertos no Exercício, devem ser observados todos os termos da portaria autorizadora, cuja exigibilidade decorre do artigo 37 da Lei Estadual nº 3442/2009.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Subchefe da Casa Civil, Sr. Carlos Alexandre M. C. M. de Matos, acerca do lançamento da Alteração do Detalhamento de Despesa - ADD, como segue:

01 - (...) orientações quanto ao lançamento da ADD no demonstrativo dos Créditos Autorizados na Lei Orçamentária dos Créditos Adicionais Abertos no Exercício.

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi

encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, posiciona-se que o lançamento da Alteração do QDD, deverá informar a Portaria autorizadora, nos termos que seguem:

A exposição formulada pelo consulente foi a seguinte:

“[...]”

reporto-me às normas dantes estabelecidas por decreto para alteração do Detalhamento da Despesa (QDD), das solicitações de Créditos Adicionais dentro da Elaboração e Execução Orçamentária, resumidas a partir do exercício de 2010 em Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e Lei Orçamentária Anual – LOA.

Com a implantação do Sistema Integrado de Gestão Orçamentária - SIGO - MÓDULOS, o que era QDD – Quadro de Detalhamento da Despesa passou a ser ADD – Alteração do Detalhamento da Despesa, não havendo mais obrigatoriedade de publicação no Diário Oficial do Estado.

Diante do exposto, solicito a Vossa Excelência orientações quanto ao lançamento da ADD no Demonstrativo dos Créditos Autorizados na Lei Orçamentária dos Créditos Adicionais Abertos no Exercício, formulário que compõe a prestação de contas anual, cópia anexa.

“[...]”.

O acima exposto refere-se a matéria orçamentária; mais precisamente, a prestação de contas.

Como foi destacado na Consulta, os órgãos jurisdicionados, em razão da prestação de contas anual, devem encaminhar a este Tribunal uma série de documentos, dentre eles um demonstrativo dos créditos autorizados no orçamento, bem como dos créditos adicionais abertos durante o exercício.

Tal exigência está contida na Resolução TC n.º 05/1990, que

dispõe em especial sobre a remessa de documentos necessários ao exercício do controle externo *dos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações e dos fundos especiais* por parte desta Corte de Contas. Assim estabelece o seu art. 2.º, inc. V, *in verbis*:

Art. 2º - O julgamento das contas das Entidades mencionadas no artigo anterior, sem prejuízo das inspeções necessárias e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, fundamentar-se-á, basicamente, nos seguintes documentos:

V - Demonstrativo dos créditos autorizados no orçamento, bem como dos créditos adicionais abertos durante o exercício, mencionado o número e a data do ato, o número e data do Diário Oficial que o publicou e o valor; (g.n.)

Como se pode observar, o dispositivo requer, no demonstrativo, menção ao número e à data dos atos atinentes aos créditos autorizados no orçamento e aos créditos adicionais abertos durante o exercício, assim como ao número e data do Diário Oficial que os publicou.

Contudo, e aqui cinge-se a questão, a Lei estadual n.º 3.422/2009, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010, preconizou, em seu art. 42, que, *in verbis*:

Art. 42. As alterações orçamentárias de que trata esta Seção, serão processadas no Sistema Integrado de Gestão Orçamentária – SIGO, na forma disposta em ato específico da Secretaria de Estado da Fazenda.

Esse mecanismo foi criado com o objetivo de simplificar a operacionalização das alterações de Quadro de Detalhamento de Despesa - QDD, não sendo mais necessário encaminhar o processo físico a Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ. De acordo com essa nova legislação, todo o processo dar-se-á apenas eletronicamente, por intermédio do Sistema Integrado de Gestão Orçamentária – SIGO.

Com a implantação desse sistema (SIGO), o consultante entendeu que a Alteração do Detalhamento da Despesa não haveria

mais que ser publicada no Diário Oficial do Estado – DOE. Por conta disso, e ante a exigência da Resolução em apontar-se a publicação do ato de alteração, requereu *orientação quanto ao lançamento da ADD no Demonstrativo dos Créditos Autorizados na Lei Orçamentária dos Créditos Adicionais Abertos no Exercício, formulário que compõe a prestação de contas anual, cópia anexa.*

Ora, não obstante o fato de o processamento ter passado para a via eletrônica, a Lei de diretrizes acima aduzida não dispensou a publicação como quis crer o consulente. O art. 37 do diploma legal em apreço não deixa dúvidas quanto a isso, senão vejamos:

Art. 37. Os subtítulos, as fontes de recursos e as modalidades de aplicação, aprovados na Lei Orçamentária e em seus créditos adicionais poderão ser modificados, justificadamente, para atender às necessidades de execução, se autorizados por meio de Portaria:

I - dos dirigentes dos órgãos detentores do crédito, quando as alterações orçamentárias envolverem somente os subtítulos e as modalidades de aplicação;

II - do Secretário de Estado da Fazenda, quando as alterações orçamentárias forem referentes à permuta de fontes de recursos.

Parágrafo único. As modificações a que se refere o caput deste artigo também poderão ocorrer quando da abertura de créditos suplementares autorizados na Lei Orçamentária.

Vê-se, pois, que a Portaria será o instrumento por meio da qual os subtítulos, as fontes de recursos e as modalidades de aplicação, aprovados na Lei Orçamentária e em seus créditos adicionais, poderão ser modificados.

Portanto, as alterações de QDD serão formalizadas por Portaria do Dirigente do órgão, ou, quando for o caso, do Secretário de Estado da Fazenda, publicada no Diário Oficial do Estado.

A geração da Portaria ocorrerá no SIGO, mas a inclusão de solicitações de alterações para um determinado mês ficará condicionada à informação, no sistema, do número desse ato publicado no DOE, relativo ao mês imediatamente anterior.

Em arremate, averbe-se, a título de informação, e de acordo com as orientações traçadas pela própria SEFAZ em seu sítio eletrônico, que *as alterações de QDD devem ocorrer até o antepenúltimo dia útil do mês, a fim de que o órgão tenha tempo suficiente para gerar a Portaria, conferir o anexo, colher assinatura do dirigente e encaminhar à Imprensa Oficial para publicação até o último dia útil do mês.*

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto de Almeida, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procurador-Geral, em fundamentação consonante à Consultoria Técnica, onde concluiu:

No exame dos autos, e em sintonia com a consultoria Técnica, não obstante ter o processamento passado para a via eletrônica, a Lei de diretrizes para a elaboração e execução da Lei orçamentária de 2010 não dispensou a publicação em Órgão Oficial como quis crer o consulente.

Após análise e exame dos autos, as alterações de QDD serão formalizadas por Portaria do Dirigente do órgão, ou, quando for o caso, do secretário de Estado da Fazenda. Publicada no Diário Oficial do Estado, consoante artigo 37 da Lei Estadual nº 3422/2009.

Ressalta-se que a geração da portaria ocorrerá no Sistema Integrado de Gestão orçamentária - SIGO, mas a inclusão de solicitações de alteração para um determinado mês ficará condicionada à informação, no sistema, do número desse ato publicado no Diário oficial do Estado, relativo ao mês imediatamente anterior.

Ante o exposto, **opino** pela aplicabilidade do Artigo 37 da Lei Estadual no 3422/2009, concordando com a consultoria Técnica desta corte de contas o qual determina que, no lançamento da Alteração do Quadro de Detalhamento da Despesa - QDD no demonstrativo dos créditos Autorizados na Lei orçamentária, deverá ser informada a portaria autorizadora.

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Re-

latoria do Excelentíssimo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir a conclusão do voto condutor, que assim salientou:

09.) Quanto ao mérito, é de se notar, como bem demonstrado pela CONSULTEC, que o artigo 37 da Lei Estadual n. 3422/09 estabelece que as modificações nos subtítulos, nas fontes de recursos e nas modalidades de aplicação aprovados na Lei Orçamentária somente poderão ocorrer por meio de Portaria.

10.) Esta Portaria, nos termos do artigo 42 da mesma Lei, será gerada pelo Sistema Integrado de Gestão Orçamentária – SIGO, respeitando-se as orientações da Secretaria de Estado da Fazenda, e publicada, posteriormente, no Diário Oficial.

11.) Ante o exposto, sendo as questões formuladas nesta consulta de interesses para a Administração Estadual, acompanho o órgão Técnico e o Ministério Público Especial, e VOTO no sentido de que este Tribunal Pleno, no uso de suas atribuições do art.1º, XXIII, da Lei n. 2.423/96 c/c os arts. 274 e 278 da Resolução n.04/02-TCE/AM, conheça da presente consulta, adotando os seguintes procedimentos.

11-1.) Responda ao interessado que no lançamento das alterações do Detalhamento da Despesa no “Demonstrativo dos Créditos Autorizados na Lei Orçamentária - Créditos Adicionais Abertos no Exercício” devem ser observados todos os termos da Portaria autorizadora, cuja exigibilidade decorre do artigo 37 da Lei Estadual n. 3442/2009;

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 01 de outubro de 2010, presidida pelo Conselheiro Júlio Pinheiro;, tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Érico Desterro (Relator) e o representante ministerial, Carlos Alberto de Almeida, Lúcio Alberto Albuquerque, Josué Cláudio Filho, Yara Amazônia dos Santos (Convocada) e Alípio Firmo Filho (Convocado).

Atribuição de Personalidade Jurídica aos Fundos Especiais disciplinados nos artigos 71 a 74 da Lei n. 4.320/64.

Consulta autuada sob Processo n. 5459/2009.

Relator: Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos.

Consulente:

Os Fundos Especiais disciplinados nos arts. 71 a 74 da Lei n.º 4.320/64, constituídos no âmbito dos orçamentos públicos como unidades orçamentárias, podem possuir CNPJ próprio, distinto do órgão ou entidade ao qual se vinculam? Em caso afirmativo, podem tais Fundos utilizar seu CNPJ nas relações jurídicas que vierem a firmar?

Tribunal Pleno:

“Responde à Secretaria de Estado de Fazenda, que os Fundos Especiais, disciplinados nos arts. 71 a 74 da Lei n.º 4.320/64, por não possuírem personalidade jurídica própria, servindo apenas para o controle de determinadas verbas que são repassadas diretamente à Administração Direta, não podem possuir CNPJ próprio, distinto do órgão ou entidade a qual se encontrem vinculados.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretário de Estado da Fazenda, Sr. Isper Abrahim Lima, acerca de atribuição de personalidade jurídica aos Fundos Especiais disciplinados nos artigos 71 a 74 da Lei n. 4.320/64, como segue:

1. Os Fundos Especiais, disciplinados nos arts. 71 a 74 da Lei nº. 4.320/64, constituídos no âmbito dos orçamentos públicos como unidades orçamentárias, podem possuir CNPJ próprio, distinto do órgão ou entidade ao qual se vinculam? Em caso afirmativo, poderiam tais Fundos utilizar seu CNPJ nas relações jurídicas que vierem a firmar?

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, na Doutrina e na Jurisprudência, posiciona-se pela impossibilidade de tais fundos adquirirem personalidade jurídica, nos termos que seguem:

A priori, é salutar observar que os fundos especiais não são unidades orçamentárias, são criados por lei de iniciativa do Poder Executivo, e ainda, devem ser compreendidos na Lei Orçamentária Anual, conforme dispõe o inciso I do §5º do art. 165 da Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

.....
§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus **fundos**, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

Jorge Teixeira Machado Júnior e Heraldo da Costa Reis¹ conceituam que os fundos especiais **não são detentores de patrimônio, não são entidades jurídicas**, ou seja, **não possuem personalidade jurídica**, e ainda, **não são órgãos nem unidades orçamentárias**, vislumbremos:

“Assim, chega-se a um conceito que deve estar sempre presente: o fundo especial **não é detentor de patrimônio**, porque

1. JUNIOR, Jorge Teixeira Machado e REIS, Heraldo da Costa. *A lei 4320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 31ª Edição, Ed. IBAM, Rio de Janeiro - 2002/2003, p. 160-1.

é o próprio patrimônio, **não é entidade jurídica, não é órgão ou unidade orçamentária**, ou, ainda, não é apenas uma conta mantida na Contabilidade, mas, tão-somente um tipo de **gestão de recursos ou conjunto de recursos financeiros destinados aos pagamentos de obrigações** por assunção de encargos de várias naturezas, bem como por aquisições de bens ou serviços a serem aplicados em projetos ou atividades vinculados a um programa de trabalho para cumprimento de objetivos específicos em uma área de responsabilidade e que a Contabilidade tem por evidenciar, como é o seu próprio objetivo, através de contas próprias, segregadas para tal fim.”

A Lei Federal 4.320 de 17 de março de 1964 define o que são os fundos especiais, estabelecendo suas características, tais como, produtos de receita que devam ser vinculadas à realização de determinados objetivos ou serviços, assim vejamos:

Art. 71. **Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços**, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 72. A aplicação das **receitas orçamentárias vinculadas** a turnos especiais far-se-á através de **dotação consignada na Lei de Orçamento** ou em créditos adicionais.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituir o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Art. 74. A **lei que instituir fundo especial** poderá determinar **normas peculiares de controle**, prestação e tomada de contas, **sem** de qualquer modo, **elidir a competência específica do Tribunal de Contas** ou órgão equivalente.

Os eminentes doutrinadores acima citados elucidam em sua obra, quais são as características² dos fundos especiais, de acordo com o estabelecido no art. 71 da supra mencionada lei:

2. **JUNIOR**, Jorge Teixeira Machado e **REIS**, Heraldo da Costa. **A lei 4320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 31ª Edição, Ed. IBAM, Rio de Janeiro - 2002/2003, p. 159 - 160.

- 1 – receitas especificadas;
- 2 – vinculação à realização de determinados objetivos ou serviços;
- 3 – normas peculiares de aplicação;
- 4 – vinculação a determinado órgão da Administração;
- 5 – descentralização interna do processo decisório;
- 6 – plano de aplicação, contabilidade e prestação de contas específica.

Pela leitura do art. 72 da Lei Federal, bem como pelas características dos fundos especiais apontadas pela doutrina, podemos concluir que a vinculação de receitas através da criação de fundos especiais representa impacto no orçamento, uma vez que determina a destinação obrigatória de recursos específicos, portanto, as leis de criação, extinção ou alteração de fundos especiais regulamentam matéria orçamentária.

Dispõe o art. 158 da Constituição do Estado do Amazonas, que os projetos de lei relativos ao orçamento anual, do qual fazem parte os fundos especiais, serão enviados pelo Chefe do Executivo ao Poder Legislativo, *in verbis*:

Art. 158 - Os **projetos de lei relativos** ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao **orçamento anual** e aos créditos adicionais serão enviados pelo **Chefe do Poder Executivo ao Poder Legislativo**, nos termos da lei complementar, a que se refere o art. 157, § 9º, desta Constituição.

Está previsto no art. 159 que são vedadas as instituições de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa, o que é *mister* ser observado, haja vista que se trata de reserva legal, assim quis o constituinte derivado decorrente, senão vejamos:

Art. 159 – São **vedados**:

.....

VII – a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

Diante dos fundamentos trazidos à baila temos que a criação de fundos exige a iniciativa do Executivo, e que, se dela não foi provida, uma proposta legislativa com tal fim será certamente inconstitucional.

Na oportunidade é *mister* registrar ainda, que tal vício é insanável porque as leis com vício de iniciativa não podem ser convalidadas pelo Executivo, consoante preconizava a Súmula n.º. 05 do STF (de 13.12.1963), *verbis*:

Súmula n.º. 05 – STF. “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.”

Entretanto, tal súmula foi superada há décadas, e a posição atual do STF é de que não é possível suprir o vício de iniciativa com a sanção, senão vejamos:

“O **desrespeito à prerrogativa de iniciar** o processo de positivação do Direito, gerado pela **usurpação de poder sujeito à cláusula de reserva**, traduz **vício jurídico de gravidade inquestionável**, cuja ocorrência reflete **típica hipótese de inconstitucionalidade formal**, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado³”.

Concernente à impossibilidade de sanção do Chefe do Poder Executivo sanar o vício de iniciativa legislativa, Alexandre de Moraes⁴ esclarece o seguinte:

“Assim, supondo que um projeto de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo tenha sido apresentado por um parlamentar, discutido e aprovado pelo Congresso Nacional, quando remetido à deliberação executiva, a eventual aquiescência do Presidente da República, por meio da sanção, estaria suprimindo o inicial vício formal de constitucionalidade?

3. , STF, Pleno, Adin n.º. 1.391-2/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, Diário de Justiça, Seção I, 28 nov. 1997, p. 62.216, *apud* Alexandre DE MORAES, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 1.098.

4. MORAES. Alexandre, *Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, pp. 531 e 532.

Acreditamos **não ser possível suprir o vício de iniciativa com a sanção**, pois tal vício macula de **nulidade toda a formação da lei, não podendo ser convalidado pela futura sanção presidencial**. A **Súmula 5** do Supremo Tribunal Federal, que previa posicionamento diverso, **foi abandonada em 1974, no julgamento da Representação n.º 890 – GB⁵**, permanecendo, atualmente, a posição do Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de convalidação, (...).”

Destarte, podemos concluir que a iniciativa de criação de fundos especiais deve se dar por ato do Poder Executivo, sob pena de inconstitucionalidade formal, que fazem parte da Lei Orçamentária Anual, por nela necessariamente estarem previstos, e ainda, que deve ser observado o princípio da reserva legal para a sua instituição.

No que tange a personalidade jurídica, assim como qualquer outro Fundo Especial, os de índole social não possuem personalidade jurídica, portanto, o Fundo não conta com seu próprio CNPJ, não realiza diretamente empréstimos, convênios, entre outros compromissos, tudo é feito em nome do ente ao qual está vinculado, pois só este tem existência jurídica autônoma, representado pelo chefe do Executivo.

Sinteticamente, o grande trunfo do Fundo Especial é sua autonomia financeira, já que, por força de lei, dispõe de receitas vinculadas, ainda que haja imprevisões, deve a Administração Financeira do Poder Executivo repassar o dinheiro previamente atrelado, pertencente àquela unidade orçamentária, o que os diferem, pois, das demais unidades administrativas, que dependem financeiramente das preferências conjunturais da gestão, ora no Poder, predeterminados através de Lei Orçamentária Anual.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procurador-Geral, em fundamentação consonante à Consultoria Técnica, onde concluiu:

5. 4RTJ 69/629 – EMENTA: “A sanção não supre a falta de iniciativa *ex vi* do disposto no art. 57, parágrafo único, da Constituição, que alterou o direito anterior”. No mesmo sentido: RTJ 157/460.

Inicialmente se faz necessário tecer algumas considerações acerca da conceituação dos Fundos Especiais, que são entendidos como forma de gestão autônoma de recursos públicos, **sendo sempre vinculados a um órgão da Administração Pública**, centralizada ou descentralizada.

Fundo especial não se caracteriza como uma entidade jurídica, mas sim como uma unidade orçamentária, ou seja, como um ente contábil representado por um conjunto de contas especiais que identificam e demonstram as origens e as aplicações de recursos nas atividades para o qual foi criado.

(...)

Através de tais conceitos, podemos concluir que os Fundos Especiais não dispõem de personalidade jurídica, portanto, não podem possuir CNPJ, uma vez que fazem parte apenas da política de desconcentração, promovida no seio da Administração Direta; muito diferente da prática de descentralização, em que o ente central transfere a execução dos serviços públicos a outra pessoa jurídica (autarquias, fundações, empresas públicas etc).

(...)

Todavia, vale ressaltar a existência dos Fundos Especiais de Natureza Contábil, criados através do Decreto-Lei nº 200/67, tendo como objetivo garantir a autonomia financeira de órgãos criados pelo executivo e incumbidos pela execução de atividades de pesquisa ou ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola, que por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta.

(...)

Nesse caso, é obrigatória a inscrição no CNPJ, uma vez que essas entidades participam diretamente da descentralização dos serviços públicos, sendo, inclusive, tal obrigação prevista na Instrução Normativa nº 748, de 28 de junho de 2007, da Receita Federal, que em seu art. 11, inciso XI, estabelece:

“Art. 11. São também obrigados a se inscrever no CNPJ:

Omissis...

XI – fundos públicos de natureza meramente contábil;”

Pelo exposto, sou do entendimento de que, à exceção dos Fundos Especiais de Natureza Contábil, previstos no art. 172, do Decreto-Lei nº 200/67, os Fundos Especiais em geral não possuem personalidade jurídica, servindo apenas para o controle de determinadas verbas, que são repassadas diretamente à Administração Pública Direta, razão pela qual ficam impossibilitados legalmente de possuírem CNPJ.

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria da Excelentíssima Auditora Yara Amazônia Lins.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, a douta Relatora levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir a conclusão do voto condutor, que assim salientou:

“responder à Secretaria de Estado da Fazenda que os fundos especiais disciplinados nos arts. 71 a 74 da Lei nº 4320/64, por não possuírem personalidade jurídica própria, servindo apenas para o controle de determinadas verbas que são repassados diretamente à Administração Direta, não podem possuir CNPJ próprio, distinto do órgão ou entidade a qual se encontrem vinculados.”

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 28 de abril de 2010, presidida pelo Conselheiro Júlio Pinheiro; tendo como signatários além do presidente, a Auditora Yara Lins (Relatora) e o representante ministerial, Roberto Krichanã.

Regularidade Fiscal da Empresa quando do pagamento da despesa.

Consulta autuada sob Processo n. 4875/2009.

Relator: Auditor Mário José de Moraes Costa Filho.

Consulente:

Necessidade de se manter as certidões de regularidade fiscal, dentro do prazo de sua validade, na época do pagamento da despesa.

Tribunal Pleno:

“RESOLVE, por entendimento unânime, tomar conhecimento da presente consulta, e responder o questionamento feito pela Diretora-Presidenta da IMTT, Sra. Ivete Ivo de Barros, informando que a regularidade fiscal das empresas precisa ser demonstrada também no momento do pagamento, inclusive com emissão, caso se faça necessário, de certidões válidas, e não apenas quando da habilitação para a licitação e para a contratação.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pela Diretora-Presidente do IMTT, Sra. Ivete Ivo de Barros, acerca da necessidade de se manter as certidões de regularidade fiscal, dentro do prazo de sua validade, na época do pagamento da despesa, como segue:

1. O fornecedor ao dar entrada em sua nota fiscal para pagamento encontra-se com as suas respectivas certidões dentro de seus prazos de validade, porém, cumpridas as fases de empenho e liquidação da despesa conforme determina a Lei n. 4.320/64, as mesmas expiram durante a tramitação do processo

para pagamento, pergunta-se:

1.1. Como proceder no ato do pagamento da referida nota fiscal? Seria necessária a emissão de certidões de regularidade fiscal com novo vencimento? As certidões emitidas no ato da entrada da nota fiscal seriam suficientes para atender a legislação?

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei e na Jurisprudência, posiciona-se pela necessidade de se manter atualizadas as certidões de regularidade fiscal, nos termos que seguem:

A questão temática apresentada pela consulente se relaciona acerca da necessidade de atualização das certidões de regularidade fiscal para fins de pagamento da despesa pública. Em termos mais simples, se há necessidade de se manter as certidões de regularidade fiscal dentro do prazo de sua validade na época do pagamento da despesa.

À vista do exposto, entendemos que o inciso XIII, do art. 55 da Lei 8.666/93 responde a indagação formulada pela consulente, *in verbis*:

“Art. 55 (...)

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

Elucidativas são as decisões do Tribunal de Contas da União acerca do tema, conforme abaixo transcrevemos:

“Acórdão n. 597/2003 (processo TCU 005.808/2003-0. Pleno). *Dê cumprimento ao disposto no art. 55, XIII, da Lei n. 8666/93, passando a exigir a observância, por parte da contratada, da comprovação, antes de cada pagamento por serviços executados, de sua situação de regularidade em relação aos quesitos exigidos no certame”*

(...)

“Acórdão n.º 584/1997 (processo TCU 825.125/96-0. 1ª Câmara). Incluir, em todos os contratos, cláusula necessária quanto à obrigação de o contratado manter, durante toda a execução das obras e dos serviços, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas na licitação, respeitado o inciso XIII do artigo 55 da Lei n.º 8.666/93-

(...)

Acórdão n.355/2006 – Plenário orienta pela inclusão “em futuros editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento da Lei n. 9012/1995 (art. 2º) e da Lei n.8666/1993 (arts. 29,incisos III e IV, e 55, inciso XIII).”

Portanto, a análise da documentação do contratado, como condição para o pagamento da despesa, deve guardar relação com as exigências da habilitação da licitação, quer no tocante à regularidade quer de qualificação.

Ante o exposto, não resta dúvida. A regularidade fiscal, um dos pressupostos a qual está diretamente relacionada a necessidade de se manter atualizadas as certidões, tem de ser observada, durante toda a execução do contrato, o que inclui os pagamentos da despesa originária desse contrato, sendo, portanto, imprescindível a renovação, para fins de validade, das certidões comprobatórias da regularidade fiscal.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procurador, em fundamentação consonante à Consultoria Técnica, onde complementou:

Uma das principais condições de habilitação exigidas na licita-

ção é justamente a regularidade fiscal, conforme estabelece o art.,195, §3º, da Carta Magna, verbis:

“Art.195. Omissis...

(...)

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.”

Nesse sentido, oportuno se faz a transcrição de Acórdão do Tribunal de Contas da União, que determinou ao TRT/RJ a exigência permanente de regularidade fiscal como condição para o pagamento de obrigações assumidas. Vejamos a Ementa do decisum:

“Decisão 705/1994 - Nos contratos de execução continuada ou parcelada, acada pagamento efetivado pela administração contratante, há que exigir a prévia verificação da regularidade do contratado com o sistema de seguridade social, sob pena de violação do disposto no §3º do art.195 da Lei Maior”.

O próprio Tribunal de Contas da União editou Súmula objetivando proporcionar maior controle da fiscalização acerca do pagamento oriundo de vínculos contratuais com o ente público. Tal Súmula recomenda que os órgãos de controle interno baixem instruções que garantam a criação de condições indispensáveis à garantia do controle externo (dentre elas está o controle da regularidade fiscal das empresas contratadas pela administração pública). A Súmula apresenta a seguinte redação:

“Súmula nº 111/TCU – Aos órgãos próprios do controle interno cabe baixar Instruções e Recomendações para o regular funcionamento do Sistema de Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria, de modo que se criem condições indispensáveis para assegurar eficácia ao Controle Externo.”

Pelo exposto, concordando com a Consultoria Técnica desta E. Corte de Contas, opino no sentido de que devem ser exigidas certidões de regularidade fiscal durante todo o vínculo contratual com o ente público, como condição para pagamento de prestação única ou continuada, desde que as certidões anteriormente apresentadas estejam fora da validade na data do pagamento.

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Auditor Mário Filho.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir a conclusão do voto condutor, que se embasou além da lei e da jurisprudência ainda na doutrina, e assim salientou:

Como bem salientado pela Consultoria Técnica e pelo douto MP de Contas, o inciso XIII é incisivo em afirmar que, durante toda a execução do contrato, o contratado deve manter-se em compatibilidade com as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Corroborando com este inciso e com a idéia de que não pode uma pessoa jurídica contratar com o Estado caso não esteja em regularidade com a seguridade fiscal, tem-se a redação do § 3º do art. 195 da Constituição da República de 1988, *in verbis*:

Constituição da República de 1988

Art. 195. *Omissis*

(...)

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, **não poderá contratar com o Poder Público** nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (Grifo).

O ilustre doutrinador Marçal Justen Filho¹, ao tratar do inciso

1. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª edição. Dialética, São Paulo: 2005.

XIII acima transcrito, proferiu os seguintes pensamentos:

“O inc. XIII destina-se a evitar dúvidas sobre o tema. A sua ausência não dispensaria o particular dos efeitos do princípio de que a habilitação se apura previamente, mas **se exige a presença permanente de tais requisitos, mesmo durante a execução do contrato.** O silêncio do instrumento não significará dispensa da exigência. **Se o particular, no curso da execução do contrato, deixar de preencher as exigências formuladas, o contrato deverá ser rescindido.** Mas a questão tem de ser apreciada em vista do princípio da proporcionalidade. Ou seja, é indispensável identificar a providência menos onerosa ao interesse estatal e aos valores tutelados pela ordem jurídica. Não teria cabimento estabelecer uma solução mecanicista, em que a ocorrência de evento perfeitamente suprível viesse a ser considerada como causa automática para a rescisão do contrato. Aplicam-se, aqui, algumas considerações desenvolvidas a propósito dos incs. IX a XI do art. 78. é necessário identificar uma relação de causalidade entre o problema verificado e a satisfação dos interesses fundamentais que o Estado deve realizar. Ademais disso, deve apurar-se a possibilidade de recomposição da plena capacitação do sujeito. Um exemplo permite compreender a interpretação preconizada. Suponha-se que, no curso da execução do contrato, o particular deixe de pagar a contribuição para o INSS. Apesar da gravidade da conduta, afigura-se perfeitamente possível que, identificada a ocorrência, o particular satisfaça a dívida (ou obtenha algum regime equivalente ao da regularidade fiscal). Não haverá cabimento de impor-se, de modo automático, a rescisão contratual. Tem de admitir-se, portanto, que o dispositivo ora examinado relaciona-se com a concretização de evento que torne, de modo definitivo e irremediável, incompatível com a ordem jurídica a manutenção da contratação de um certo sujeito.

Ainda assim, o dispositivo não poderá ser aplicado quando tal importar em danos ao interesse estatal superiores aos advindos da manutenção do vínculo. Outro exemplo é útil. Considere-se a hipótese em que o particular tenha sua falência decretada, mas se encontre em perfeitas condições de executar o fornecimento de objetos peculiares e dotados de alguma complexidade. Rescindir o contrato remeteria a Administração à necessidade

de realizar nova licitação ou, mesmo, promover contratação direta por emergência. Afigura-se plenamente cabível que seja mantida a contratação, incumbindo à massa falida executar a prestação, mediante a devida autorização judicial perante o juízo universal da falência.”

Na mesma esteira de pensamento, o egrégio Tribunal de Contas da União – TCU vem decidindo causas semelhantes. Vejamos:

Tribunal de Contas da União

Contrato – cláusula necessária – habilitação

“(…) incluir, em todos os contratos, cláusula necessária quanto à obrigação de o contratado manter, durante toda a execução das obras e dos serviços, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, respeitando o inciso XIII do artigo 55 da Lei 8.666/93;”²

Contrato – consórcio – pagamento – regularidade fiscal

“(…) passe a exigir, para liquidação das faturas, a comprovação de que as Empresas integrantes do Consórcio (...) mantêm, durante a execução da obra, as condições de habilitação exigidas quando da licitação, inclusive quanto à regularidade fiscal e perante a Previdência Social e o FGTS, por força do entendimento firmado na Decisão n.º 705/94-TCU-Plenário.”³

Contrato – pagamento – comprovação – regularidade

“(…) dê cumprimento ao disposto no art. 55, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, passando a exigir a observância, por parte da contratada, da comprovação, antes de cada pagamento por serviços executados, de sua situação de regularidade em relação aos quesitos exigidos no certame...”

Contrato – pagamento – regularidade fiscal – juntada ao processo

2. TCU. Processo n.º TC-825.125/96-0. Acórdão n.º 584/1997 – 1ª Câmara. **No mesmo sentido:** Processo n.º TC-825.056/97-7. Decisão n.º 289/1999 – Plenário.
3. TCU. Processo n.º 000.227/96-0. Decisão n.º 469/1997-Plenário.

“(...) 1.4. verifique a regularidade fiscal das empresas quando da liquidação de despesa e celebração de contratos e discrimine, em documentos de solicitação de material e/ou serviço e em notas de empenho, a quantidade do material a ser adquirido ou do serviço a ser realizado, bem como anexe, aos processos de pagamento, documentos que comprovem a regularidade fiscal das contratadas, de conformidade com o inciso XIII, art. 55 da Lei n.º 8.666/93;...”

Diante dos fundamentos elencados nesta proposta de voto e pelas alegações trazidas tanto pela Consultoria Técnica quanto pelo douto MP de Contas e com base nas jurisprudências do TCU, chego à conclusão de que a regularidade fiscal das empresas precisa ser demonstrada também no momento do pagamento e não apenas quando da habilitação para a licitação e para a contratação.

Todavia, havendo pedido de vista em sessão, por parte do Conselheiro Raimundo Michiles, este assim se pronunciou e contribuiu:

Diante do exposto, hei de concordar com a proposta de voto do Relator, entretanto, sugiro que seja informado ao órgão consultante que não poderá haver retenção de pagamento devido, relativo a serviços já executados, sob pena de cometimento de enriquecimento ilícito, conforme a decisão do Superior Tribunal de Justiça acima transcrita.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 25 de fevereiro de 2010, presidida pelo Conselheiro Érico Desterro; tendo como signatários além do presidente, o Auditor Mário Filho (Relator) e o representante ministerial, Procurador Roberto Krichanã, Lúcio Alberto Albuquerque, Júlio Cabral, Raimundo Michiles, Josué Cláudio Filho e Ari Moutinho Júnior.

Impugnação das Contas do Tomador pelo Ordenador de Despesas: Reflexos.

Consulta autuada sob Processo n. 4349/2007.

Relator: Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva.

Consulente:

- I. Na Prestação de Contas impugnada pelo Ordenador de Despesa, poderá ser dado baixa da responsabilidade do Tomador no Sistema AFI, enquanto aguarda-se o resultado do julgamento pelo TCE?
- II. Os processos encaminhados ao TCE colocam o tomador na condição de alcance?
- III. Em caso afirmativo à indagação anterior, pode-se conceder novo adiantamento ao servidor considerando o alcance?

Tribunal Pleno:

“Conhecer da presente consulta formulada pelo Sr. Plínio César Albuquerque Coelho, Secretário Executivo da Secretaria de Estado de Saúde-SUSAM, para respondê-la ao Consulente, por meio de parecer, nos termos seguintes:

- a) No que se refere ao primeiro questionamento considerar que não pode ser dado baixa da responsabilidade no Sistema AFI, do tomador do adiantamento, enquanto não apreciadas suas contas no TCE, somente se aprovadas, conforme art.13, do Decreto 13, do Decreto Estadual no 16.396/94;

b) Quanto à segunda questão considera-se que apenas o encaminhamento do processo ao TCE, não coloca em alcance o Tomador. Somente após apreciação do processo pelo TCE é que se poderá, ou não, considerá-lo em alcance, observando o que dispõe o art.304, IV, parágrafo único, da Resolução nº 04/02-TCE/AM;

c) Ante o teor da resposta acima firmada, considerar prejudicado o terceiro quesito formulado nesta consulta, tendo em vista dela depender.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretário Executivo de Estado da Saúde, Sr. Plínio Cesar Albuquerque Coelho, acerca do reflexo da impugnação das Contas do Tomador pelo Ordenador de Despesas, como segue:

1. Na Prestação de Contas impugnada pelo Ordenador de Despesa, poderá ser dada baixa da responsabilidade do Tomador no Sistema AFI, enquanto aguarda-se o resultado do julgamento pelo TCE?
2. Os processos encaminhados ao TCE colocam o tomador na condição de alcance?
3. Em caso afirmativo à indagação anterior, pode-se conceder novo adiantamento ao servidor considerando o alcance?

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, posiciona-se de forma a abordar cada item individualmente, nos termos que seguem:

Cuidam os autos da consulta formulada pela Secretaria Executiva da SUSAM, no sentido de saber, se:

I. Na Prestação de Contas impugnada pelo Ordenador de Despesa, poderá ser dado baixa da responsabilidade do Tomador no Sistema AFI, enquanto aguarda-se o resultado do julgamento pelo TCE?

RESPOSTA: Não, porque as contas do tomador do recurso público apesar de apreciadas pela própria SUSAM, não foram aprovadas.

II. Os processos encaminhados ao TCE, colocam o tomador na condição de alcance?

RESPOSTA: Os art. 70 e 74, II da CF/88, estabelecem que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública será exercida pelo controle interno de cada Poder. Trata-se de um controle inerente à gestão dos recursos públicos, realizado pelo próprio órgão controlado. Tais dispositivos, portanto, conferem à SUSAM competência para comprovar a legalidade e avaliar os resultados de sua gestão orçamentária, patrimonial e financeira.

Ademais, o art. 243, §3º, I, II, III, da Resolução nº 04 de 23 de maio de 2002, indica que “não serão passíveis de remessa ao Tribunal as prestações de contas de adiantamento em que os controles internos do órgão concedente e da SEFAZ detectem, exclusivamente, uma ou algumas das seguintes impropriedades:

I - dispêndio realizado até trinta dias depois do prazo de aplicação, contados do termo final do prazo de aplicação, desde que dentro do exercício financeiro da concessão;

II - atraso na prestação de contas não superior ao dobro do prazo concedido para tanto, contando-se do termo final deste;

III - dispêndio em bens ou serviços em desconformidade com o elemento de despesa autorizado, desde que limitado tal desvio a 20% (vinte por cento) do montante especificamente concedido e que tenha revertido em favor da Administração Pública.

Contudo, o simples encaminhamento do processo ao TCE, em relação ao Tomador do Recurso, não o coloca em alcance, na

seara do controle externo, vez que, somente após a apreciação do processo pelo TCE é que se poderá, ou não caracterizar o alcance, nos termos do art. 304, IV, parágrafo único da Resolução nº 04/2002.

Vale ressaltar, que ao tomador do recurso, caso lhe sejam imputadas irregularidades que dêem ensejo ao alcance, em abono aos princípios da ampla defesa e do contraditório, deverá ser concedido o direito de defesa, conforme positivado no art. 5º, LV, da CF/88.

III. Em caso afirmativo à indagação anterior, pode-se conceder novo adiantamento ao servidor considerando o alcance?

RESPOSTA: Não, uma vez que a própria Lei n.4.320/64, em seu art. 69, proíbe a concessão de um novo adiantamento, ao servidor considerado em alcance.

Art. 69. "Não se fará adiantamentos a servidor em alcance nem responsável por dois adiantamentos"

Na mesma linha, o artigo 6º, I, do Decreto Estadual nº 16.396/94, dispõe:

Art. 6º - Não se concederá adiantamento a servidor:

I - em alcance;

Não obstante, no prisma da obrigação – dever da Administração estabelece o art. 12 do Decreto Estadual nº 16.396/94, assim dispõe:

Art. 12 do Decreto Estadual nº 16.396/94.

"Quando impugnada a prestação de contas, parcial ou totalmente, deverá a autoridade ordenadora determinar imediatas providências administrativas para apuração das responsabilidades e imposição das penalidades cabíveis, bem assim, se for o caso, promover a tomada de contas para julgamento pelo Tribunal de Contas do Estado."

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, repre-

sentado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatária a Dra. Fernanda Cantanhede Mendonça, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu a Procuradora-Geral, em fundamentação consonante à Consultoria Técnica, onde concluiu:

O mestre Jacoby ressalta que a Consulta deve estar cercada das cautelas jurídicas, tanto para que não ocorra a banalização do instituto, como para evitar que ocorra o prejulgamento de caso concreto.

Diante do que foi exposto nos autos, concordo em parte com o órgão Técnico (SUBTEC),

e sugiro que o Egrégio Tribunal Pleno conheça a presente Consulta, conforme art. 1º inciso XXIII da lei nº 2423/96 c/c arts. 274 e 278 da Resolução nº 04/2002, respondendo-a nos seguintes termos:

- a) no tocante ao primeiro e ao segundo questionamentos, conforme se infere do art. 13, do Decreto 16.396/94, não pode ser dada baixa da responsabilidade do tomador do adiantamento, enquanto não tiver sua conta apreciada no TCE, e durante este período, não pode ser considerado em alcance;
- b) em relação ao terceiro quesito entendo que encontra-se prejudicado, por ser dependente da questão anterior.

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir a conclusão do voto condutor, que assim salientou:

- 4.) Compete a esta Corte de Contas decidir sobre consulta formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares nas matérias de sua competência, com fulcro no art. 1º, XXIII, da Lei n. 2.423/96 e art. 274 e seguintes

da Resolução nº 04/02-TCE/AM.

5.) Portanto, preliminarmente, destaco que a presente consulta, nos termos que dispõe os artigos 274 e seguintes da Resolução n. 04/02-TCE/AM, "...não constitui prejulgamento de caso concreto...", apenas tem o objetivo de esclarecer, em tese, as dúvidas, apresentadas pelo consulente.

6.) Quanto ao mérito vale ressaltar o estabelecido nos artigos 12 e 13 do Decreto Estadual n. 16.396/94 in verbis:

Art. 12 – Quando impugnada a prestação de contas, parcial ou totalmente, deverá a autoridade ordenadora determinar imediatas providências administrativas para apuração das responsabilidades e imposição das penalidades cabíveis, bem assim, se for o caso, promover a tomada de contas para julgamento pelo Tribunal de Contas do Estado.

Art. 13 – Aprovada a comprovação das despesas, pela autoridade ordenadora, será dada baixa, no prazo de 30 (trinta) dias, da responsabilidade do tomador do Adiantamento, devendo o setor competente do órgão gestor providenciar a emissão da Guia de Lançamento (GL) respectiva e enviá-la à Coordenadoria de Contabilidade da SEFAZ.

7.) A hipótese questionada é de quando as contas do tomador do recurso público apreciadas pela própria SUSAM, são impugnadas. Dessa maneira, vale afirmar a impossibilidade de baixa da responsabilidade do tomador do recurso no Sistema AFI, sistema que gerencia toda a área contábil e financeira do Estado do Amazonas, tendo em vista que, neste caso, as contas além de impugnadas pela SUSAM ainda serão apreciadas pelo TCE.

8.) No que se refere ao alcance destaco o que dispõe o Regimento Interno desta Corte de Contas, nos termos do art. 304, caput, "configura-se o alcance com a ocorrência de dano patrimonial causado por agente público à Administração...", portanto, o simples encaminhamento do processo ao TCE, não coloca o tomador do recurso na condição de alcance, somente após a apreciação é que se poderá, ou não, configurar o alcance, observando o que dispõe o art. 304, IV, parágrafo único, da Re-

solução n. 04/02-TCE/AM.

9.) Considerando o suscitado anteriormente pelo órgão técnico remetendo o estabelecido no art. 69, da Lei n. 4.320/64, que proíbe a concessão de um novo adiantamento, ao servidor em alcance, “Não se fará adiantamentos a servidor em alcance nem responsável por dois adiantamentos.”

10.) Perfilhando entendimento uniforme, o art. 6º, I, do Decreto Estadual n. 16.396/94, estabelece:

“Art. 6º Não se concederá adiantamento a servidor:

I – em alcance;

(...)”

11.) Da análise a que procedo, verifico que as questões formuladas nesta consulta são de interesses para a Administração Estadual, neste sentido, acompanho o Ministério Público Especial, e VOTO no sentido de que este Tribunal Pleno conheça a presente consulta, no uso de suas atribuições do art. 1º, XXIII, da Lei n. 2.423/96 c/c os arts. 274 e 278 da Resolução n.04/02-TCE/AM e que:

11.1) Emita parecer em resposta à presente consulta, com fulcro no art. 138, IV, “b”, da Resolução n. 04/02-TCE/AM, nos seguintes termos:

a) No que se refere ao primeiro questionamento considerar que não pode ser dada baixa da responsabilidade no Sistema AFI. do tomador do adiantamento, enquanto não apreciadas suas contas no TCE, somente se aprovadas, conforme art. 13, do Decreto Estadual n. 16.396/94;

b) Quanto à segunda questão considera-se que apenas o encaminhamento do processo ao TCE, não coloca em alcance o Tomador. Somente após apreciação do processo pelo TCE é que se poderá, ou não, considerá-lo em alcance, observando o que dispõe o art.304, IV, parágrafo único, da Resolução n. 04/02-TCE/AM;

c) Ante o teor da resposta acima firmada, considerar prejudicado o terceiro requisito formulado nesta consulta, tendo em vista dela depender.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 05 de junho de 2008, presidida pelo Conselheiro Raimundo Michiles; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Érico Desterro (Relator) e a representante ministerial, Evelyn Freire.

Legalidade da inclusão na base de cálculo descrita no art. 29-A da CF/88, das contribuições sociais cobradas dos servidores públicos municipais (Previdenciária e Assistência Médica).

Consulta autuada sob Processo n. 2744/2007.

Relator: Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos.

Consulente:

Sobre a legalidade da inclusão na base de cálculo descrita no art. 29-A da CF/88, das contribuições sociais cobradas dos servidores públicos municipais (Previdenciária e Assistência Médica).

Tribunal Pleno:

“Responder à Prefeitura Municipal de Manaus que as receitas decorrentes das contribuições sociais devem fazer parte da base de cálculo estabelecida pelo art. 29-A da vigente Constituição Federal.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Manaus, Sr. Serafim Corrêa Fernandes, acerca da inclusão na base de cálculo descrita no art. 29-A da CF/88, das contribuições sociais cobradas dos servidores públicos municipais, como segue:

1. (...) consultamos a este Egrégio Tribunal de Contas sobre a legalidade da inclusão na base de cálculo, estabelecida no *caput* do artigo 29-A da Constituição Federal, das seguintes con-

tribuições sociais cobradas dos servidores pela Administração Municipal: Contribuição ao Regime Próprio de Previdência Social (Órgão Gestor MANAUSPREV) e para o Custeio da Assistência Médica dos Servidores Municipais (Órgão Gestor MANAUSMED).

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, na doutrina e na Jurisprudência, posiciona-se que as contribuições sociais não podem compor a base de cálculo susomencionada, nos termos que seguem:

Nosso posicionamento é corroborado mais uma vez através da leitura da Lei nº 870/2005 - que instituiu a Manausprev, expressa no §2º, do art. 13, que *“as receitas de que trata este artigo somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários do RPPS e da taxa de administração destinada à manutenção desse Regime”* e que os recursos dos Fundos serão depositados em conta distinta da conta do Tesouro Municipal, com administração do órgão gestor único de RPPS do município. (art. 13, § 4º).

Os fundos previdenciários mencionados são os elencados no art. 12 da Lei em epígrafe, sendo eles:

- 1) FPREV - Fundo Previdenciário de Aposentadoria e Pensão do Município de Manaus;
- 2) FFIN – Fundo Financeiro de Aposentadoria e Pensões do Município

Assim, com a implantação do regime próprio dos servidores as contribuições para o Regime Próprio de Previdência, foram criados “fundos de coleta e aplicação desses recursos que deságuam juntamente com todas as receitas tributárias, mas sendo administradas e aplicadas separadamente. Sendo característica própria das contribuições sociais, porque a delegação do poder fiscal do Estado a órgão oficial ou semi-oficial autônomo, de existência paralela à do Estado, e incumbido de arrecadar e aplicar a receita assim deferida, e ainda, a exclusão do orçamento

geral do Estado, da receita arrecadada e aplicada pela entidade investida da delegação, e finalmente a destinação a fim especial da receita recolhida por esse órgão beneficiado da delegação” (Cf. NASCIMENTO, A. Theodoro. Contribuições Especiais. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p15, 19 e 20).

Finalmente, há de se questionar, caso a decisão desta Corte de Contas seja favorável à inclusão da receita previdenciária no cômputo do repasse para o Poder Legislativo, a que fim se destinariam os recursos obtidos com a repartição desta receita? Seria revertida em benefício da população, ou apenas rateada para custear as despesas dos gabinetes?

IV - CONCLUSÃO

Feitas essas considerações de ordem legal, esta SUBTEC sugere que esta Corte de Contas se manifeste pelo **conhecimento** da presente consulta, por se tratar de prejulgamento de tese, e não caso concreto (inciso XXIII do art. 1º, da Lei nº 2423/96), orientando o consulente a respeito do posicionamento desta Egrégia Casa, ouvido antes o Douto Órgão Ministerial, por entender que a totalidade do produto de arrecadação da **contribuição previdenciária** deve ser destinada ao custeio da despesa que motivou sua instituição, do contrário, a rígida discriminação constitucional de impostos (art.153, 155 e 156 da CF) seria inócua, inútil e desnecessária, logo, **não pode compor a base de cálculo do art.29-A da Constituição Federal, pois não integram as receitas tributárias e as transferências especificadas no §5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159 do Texto Maior, uma vez que se constitui em recursos transferidos com destinação específica.**

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por sua Procuradora Dra. Evelyn Freire de Carvalho, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu a Procuradora, em fundamentação divergente à Consultoria Técnica, onde argumentou:

De início, devo citar, para melhor elucidação da presente consulta, o dispositivo constitucional que estabelece a base de cálculo para a transferência de recursos do Poder Executivo ao Legislativo, *in fine*:

Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao **somatório da receita tributária** e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:

Omissis

IV - cinco por cento para Municípios com população acima de quinhentos mil habitantes.

Menciona o citado dispositivo constitucional como base de cálculo para o estabelecimento do limite total de despesa do Poder Legislativo, além das transferências previstas nos artigos 158 e 159, o somatório da receita TRIBUTÁRIA do Ente Municipal realizada no exercício anterior.

Esclareço que as contribuições sociais, espécie das parafiscais, previstas no artigo 149 combinado com artigo 195, da CR/1988, são tidas como espécies dos tributos constitucionais tanto doutrinariamente como jurisprudencialmente.

Apesar da SUBTEC concordar que as contribuições sociais são espécies tributárias, a mesma entende que as receitas decorrentes deste tributo não devem fazer parte da base de cálculo do mencionado artigo 149-A, em razão da destinação das contribuições serem vinculadas às finalidades da Seguridade Social (saúde, previdência e assistência social), fundamentado no artigo 195, inciso I, parágrafo 4º combinado com artigo 167, inciso IV, da atual Carta Magna.

De fato, as receitas decorrentes das Contribuições Sociais são vinculadas às finalidades específicas da Seguridade Social. Digo mais, a arrecadação decorrente das contribuições sociais do empregador incidentes na folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos à pessoa física que lhes preste serviço, bem como àquelas descontadas do trabalhador e dos demais segurados da previdência, somente poderão ser utilizadas no pagamento de benefícios do regime previdenciário (artigo 167, inciso XI, CR/1988).

Ocorre, *data máxima venia*, que o artigo 149-A da Constituição Republicana, em momento algum determina a vinculação das receitas tributárias e das transferências decorrentes dos artigos 153, §5º, 158 e 159, ao repasse de recursos ao Poder Legislativo. O fato de tais receitas serem utilizadas como base de cálculo para o percentual de recursos a serem repassados ao Legislativo Municipal não implica dizer que parte da arrecadação das contribuições sociais deverão financiar os gastos com a Câmara de Vereadores.

É bom ressaltar que a interpretação do ilustre órgão técnico sugere um conflito aparente de normas constitucionais (artigos 29-A e 195 c/c 167, incisos IV e XI), o que não é o caso. Ainda que estivesse configurado o antagonismo dos referidos dispositivos, a melhor interpretação a ser dada às regras em questão seria aquela que levasse em consideração a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-as à realidade e evitando o sacrifício total de uns direitos em relação aos outros.

Finalmente, devo frisar que as vinculações de receitas estabelecidas pela atual Constituição da República de 1988 foram feitas de forma expressa.

Dessa forma, entendo que as receitas decorrentes das Contribuições Sociais devem fazer parte da base de cálculo estabelecida pelo artigo 29-A, da CR/1988.

Assim sendo, com as divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria da Excelentíssima Auditora Yara Amazônia Lins.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, a douta Relatora levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde ao se confrontar com a tese jurídica concluiu:

O art. 29-A, da CF foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 25, de 14.02.2000, em vigor a partir de 01.01.2001.

Referido dispositivo estipula os critérios que devem ser observados para o controle dos gastos do Poder Legislativo Municipal. Seu objetivo, ao que adverte Uadi Lammêgo Bulos,

é “condicionar as despesas da Câmara de Vereadores, buscando evitar o estorno de verbas” (in Constituição Federal Anotada, Saraiva, 2000, p. 526).

A base de cálculo dos percentuais – limites indicados no art. 29-A é o somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º, do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior.

Ao que mostra José Afonso da Silva,

“O Município tem suas próprias fontes tributárias, quais sejam: os impostos (art. 145, I e 156); as taxas, segundo a previsão do art. 145, II; e contribuição de melhoria, de acordo com a previsão do art. 145, III. Além dessas receitas próprias, os Municípios recebem recursos provenientes de participação na receita da União e do Estado, conforme previsão dos arts. 153, § 5º, 158 e 159. São estes recursos que o dispositivo em comentário chama de “transferências”. Vale dizer, o somatório das receitas próprias e de transferências é que serve de base para o estabelecimento dos percentuais limitativos”. (in Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editores, 2ª Ed., 2006, p. 308).

Os percentuais limitativos foram estabelecidos, como se sabe, para coibir abusos que costumam ocorrer na previsão orçamentária estabelecida pelo próprio Poder Legislativo.

Ressalte-se que constitui crime de responsabilidade do Prefeito, os procedimentos indicados no § 2º, do Art. 29-A da CF, cujo julgamento é de competência do Tribunal de Justiça (art. 29, X, da CF).

Por outro lado, constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara, o desrespeito ao limite de gasto estabelecido no § 1º, do art. 29-A (mais de 70% de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com subsídio dos Vereadores (§ 3º, do art. 29-A, da CF)).

Como assinalado pela SUBTEC, o mérito da consulta:

“envolve esclarecimentos sobre a inclusão das contribuições sociais na base de cálculo do repasse financeiro do Poder Exe-

cutivo para o Poder Legislativo, gerado pela Decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 146.733 “ (fls. 11/18).

No Recurso Extraordinário nº 146.733 o relator eminente Ministro Moreira Alves, registrou que as contribuições sociais possuem natureza tributária, o que levou, segundo a SUBTEC, alguns Municípios a consultarem suas respectivas Cortes de Contas (fls. 11/18).

Pelas decisões transcritas pela SUBTEC as fls. 11/18 é fácil verificar a divergência de entendimento entre os Tribunais de Contas ouvidos.

Esta Corte, como assinalado, tem entendimento manifestado nos autos do Processo TC nº 140/2006, segundo o qual a contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE e a Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública – COSIP, devem integrar o somatório da Receita Tributária e das transferências, como base de cálculo para os limites previstos no art. 29-A da Constituição Federal.

O § 1º do art. 149 da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, eliminou o caráter facultativo até então existente para a instituição, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, da contribuição cobrada de seus servidores, para custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40.

Para o Ministério Público Especial (fls. 21/26):

- a) o art. 149-A da CF, em momento algum determina a vinculação das receitas tributárias e das transferências decorrentes do art. 153, § 5º, 158 e 159, ao repasse dos recursos ao Poder Legislativo;
- b) o fato de tais receitas serem utilizadas como base de cálculo para o percentual de recursos a serem repassados ao Legislativo Municipal, não implica dizer que parte da arrecadação das contribuições sociais deverão financiar os gastos com a Câmara de Vereadores;

- c) as vinculações de receitas estabelecidas pela atual Constituição Federal foram feitas de forma expressa;
- d) as receitas decorrentes das contribuições sociais devem fazer parte da base de cálculo estabelecida pelo art. 29-A, da CF/88.

Embora louve o estudo realizado pela SUBTEC (fl. 11/18), não posso, data vênia, concordar com a sua conclusão que, se aceita, implicaria, como ela propõe, na reconsideração da decisão de 23.03.2006, proferida nos autos do Processo TC nº 140/2006, pelo Pleno da Corte.

Adotando como razões de decidir o pronunciamento Ministerial de fls. 21/26, **voto** no sentido de que o Colendo Tribunal Pleno, no exercício de sua competência (art. 1º, XXIII, da Lei nº 2423/96, c/c o art. 11, IV, “f”, do Regimento Interno), delibere no sentido de:

- a) tomar conhecimento da presente consulta, preenchidos que estão os requisitos do art. 274, do Regimento Interno;
- b) responder à Prefeitura Municipal de Manaus que as receitas decorrentes das contribuições sociais devem fazer parte da base de cálculo estabelecida pelo art. 29-A da vigente Constituição Federal.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 27 de setembro de 2007, presidida pelo Conselheiro Júlio Cabral; tendo como signatários além do presidente, a Auditora Yara Lins (Relatora) e o representante ministerial, Procurador Evanildo Bragança. Foi vencido o voto do Conselheiro Raimundo Michiles, divergente do entendimento dos demais membros.

A integração das contribuições CIDE e COSIP na transferência de receita do município para fins do duodécimo da Câmara Municipal.

Consulta autuada sob Processo n. 140/2006.

Relator: Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos.

Consulente:

Posicionamento quanto a questão referente a CIDE e COSIP integrarem ou não a transferência de receita corrente estabelecida no artigo 29-A da Constituição Federal.

Tribunal Pleno:

“orientando o consulente a respeito do posicionamento deste Tribunal, pela integração dos valores da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE e Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública - COSIP, na somatória da Receita Tributária e das transferências, com base de cálculo para os limites previstos no art. 29-A da Constituição Federal.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Manaus em exercício, Sr. Luis Fernando Moraes da Costa, acerca da integração da CIDE e da COSIP na transferência de receita corrente estabelecida no artigo 29-A da Constituição Federal, como segue:

1. (...) solicito desse Egrégio Tribunal de Contas posicionamento, quanto a questão referente a CIDE e COSIP integrem ou não a transferência de receita corrente estabelecida no artigo 29-A da Constituição Federal

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, na Doutrina e na Jurisprudência, posiciona-se que a CIDE e a COSIP integram a base de cálculo para fins do art. 29-A da Constituição Federal, nos termos que seguem:

O mérito desta questão envolve esclarecimentos sobre se a CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico) e a COSIP (Contribuição Sobre Iluminação Pública) integram ou não a transferência de receita do município para fins do duodécimo da Câmara Municipal.

(...)

O cerne de toda essa questão parte primeiramente da conceituação de receita tributária, que segundo a Wikipédia, enciclopédia livre, é tudo que deriva da arrecadação de impostos, tributos e multas tributárias, prefixadas em lei em caráter permanente.

Na obra: Lei nº 4.320 Comentada do IBAM, 31ª edição, p.37, IBAM de J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis, receita tributária, no âmbito de cada esfera governamental, é aquela oriunda da sua competência de tributar, conforme o disposto na Constituição.

Já o IBAM – Instituto Brasileiro de Administração Municipal em seu Estudo: A Receita Tributária dos Municípios Brasileiros em 2004, de François E. J. de Bremaeker, comenta que a receita tributária municipal vigente em 2004 é constituída pelas espécies tributárias abaixo, porém, o referido estudo não alcançou a CIDE e nem a COSIP:

- Impostos (IPTU, ISS, e ITBI-inter vivos)

- Taxas (pela utilização de serviços públicos e pelo exercício do poder de polícia)
- Contribuição de melhoria

Assim, verificaremos a natureza jurídica das contribuições que é uma questão muito discutida na doutrina nacional e mesmo na estrangeira.

Ainda na obra Lei nº 4.320 Comentada do IBAM, o conceito de receita de contribuições *é a resultante de contribuições sociais e contribuições econômicas.*

Em estudo realizado por Eduardo Sechi Munhoz: Conceito de Contribuição no Direito Brasileiro, “a respeito da peculiaridade, ou não, das contribuições em relação às demais espécies tributárias, as opiniões se dividem entre aqueles que acreditam que as contribuições ora se apresentariam como taxas, ora como impostos, e entre aqueles que apontam notas distintas próprias apenas dessa nova figura.

A maior dificuldade está, porém, em identificar as notas distintas das contribuições, isto é, o que as faria diferente dos impostos e das taxas. A posição dominante é no sentido de caracterizar a hipótese de incidência da contribuição, apontando uma atividade estatal destinada ao interesse geral da coletividade, mas que oferece uma vantagem individual a determinado grupo de contribuintes.

Assim, tal como a taxa, a contribuição seria um tributo vinculado a uma determinada atividade estatal, mas se diferenciaria desta porque exigiria a obtenção de um benefício, uma vantagem especial ao indivíduo, pelo motivo deste pertencer a um determinado grupo social ou estar em uma determinada situação.

A contribuição, desta feita, ao lado dos impostos e das taxas, seria um gênero próprio de tributo, que admitiria várias espécies, entre as quais, a contribuição de melhoria, a contribuição corporativa, a Contribuição de intervenção no domínio econômico e as previdenciárias. Esta parece ser a opinião de Rubens Gomes de Souza, em sua obra Comentários ao Código Tributário Nacional. Outros defendem que as contribuições

de melhoria não seriam uma espécie do gênero contribuição, sendo também um gênero peculiar de tributo. Então, haveria impostos, taxas, contribuição de melhoria e contribuições especiais (as demais).

Um segundo estudo “Contribuições de intervenção no domínio Econômico”, da autoria de Danilo Ferreira Andrade, extraído do Jus Navegandi, considera que a natureza jurídica das contribuições especiais foi fruto de grande divergência doutrinária, notadamente pelo fato de que o Código Tributário Nacional, em sua redação original, não fazia nenhuma menção às referidas contribuições. De outro lado, o diploma tributário dispunha, em seu art. 5º, sobre as espécies tributárias, referindo-se somente aos impostos, taxas e contribuições de melhoria. Por este motivo, a doutrina reconhecia apenas essas três espécies de tributo.

Ocorre que, com o advento do Decreto-Lei nº 27, de 14 de novembro de 1966, se incluiu o art. 217 ao CTN, restando indubitável o argumento de que as contribuições especiais constituem nova espécie tributária. Esse entendimento foi ratificado pela constituição de 1988, que prevê as contribuições no capítulo referente ao sistema tributário, dispondo que a elas se aplicam as normas gerais de direito tributário, além dos princípios da legalidade e anterioridade, ressalvando, quanto a este último, a regra especial atinente às contribuições de seguridade social.

Neste sentido HUGO DE BRITO, com a precisão que lhe é peculiar, assevera que “diante da vigente Constituição, portanto, pode-se conceituar a contribuição social como espécie de tributo (grifo nosso) com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social.

Assim, o autor classifica as contribuições especiais em três espécies, quais sejam:

- 1) – Contribuições sociais
- 2) – Contribuições de interesse de categorias profissionais e econômicas

3) – Contribuições de intervenção no domínio econômico ho-diernamente.

Em sendo tributo, portanto, a CIDE fica sujeita ao regime jurídico tributário, onde o próprio constituinte previu expressamente no art. 149 da CF que às contribuições especiais aplicam-se as normas gerais de direito tributário, além dos princípios da legalidade e anterioridade, ressalvando-se quanto a este último o disposto no art. 195, §6º.

Segundo a Constituição Federal em seu art. 159, III, a União entregará do «produto da arrecadação da **contribuição de intervenção no domínio econômico** prevista no art. 177, § 4º 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo»; tal parágrafo estabelece que: “Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, **vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios** na forma da lei a que se refere o mencionado inciso”, gerando no exercício de 2005, o repasse para o Município de Manaus, o valor de R\$ 1.002.243,62, conforme Comparativo da Receita Orçada com a Arrecadada, da Prefeitura Municipal de Manaus (fls. 30).

Já no artigo 149-A, caput acrescentado pela EC nº39/2002, a Constituição Federal autoriza os Municípios e o Distrito Federal a instituírem contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observando o disposto no art. 150, I e III, facultando em seu parágrafo único a cobrança da contribuição na fatura de consumo da energia elétrica.

No Município de Manaus, foi criada através da Lei nº 715, de 30/10/2003, publicada no D.O.M. em 31/10/2003 (fls. 22/23), republicada em 20/09/2004 (fls. 24), que transformou a Taxa de Iluminação Pública em Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública- COSIP, com base no art. 149-A, da Constituição Federal, a qual no exercício de 2005, chegou ao montante de R\$ 16.943.953,30 (fls.26).

Logo a CIDE e a COSIP integrariam, também, a base de cálculo para fins do art.29-A da Constituição Federal, por constitu-

frem receita tributária, a primeira classificando-se como transferência com finalidade constitucionalmente determinada e a segunda como espécie de tributo.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Érico Desterro e Silva, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procurador, em fundamentação consonante à Consultoria Técnica, onde complementou:

Quanto ao mérito, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou in verbis:

“(...) que a **contribuição destinada ao seu custeio é de intervenção no domínio econômico** (art.144 da CF/88), instituída de acordo com os princípios gerais da atividade econômica consagrados nos arts.170 a 181 da Constituição Federal. 2. Consignou-se, também, com fundamento no art.146. III, a, da Lei Maior, que o **tributo em debate**, por não se tratar de imposto, pode ter sua base de cálculo e seus contribuintes definidos em lei ordinária, sujeitando-se, contudo às regras das alíneas b e c do mesmo dispositivo. (...)” AI 563964/ SC, Min. Relatora Ellen Gracie, DJ 09/02/2006 PP-00028. (grifo nosso)

“**CIDE.** (...) Isto porque o limite da instituição de tal **tributo** é justamente o limite determinado pela Constituição de possibilidade da intervenção pelo Estado na ordem econômica (...)” RE 451915/PR, Min. Relator Gilmar Mendes, DJ 02/12/2005 PP-00071. (grifo nosso)

O doutrinador Paulo Roberto Lyrio Pimenta, (Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. São Paulo. Dialética. 2002) conceitua a CIDE como **espécie tributária** (grifo nosso), que atinge setor determinado, instituída diante da existência de motivo justificador, com destinação da renda auferida à finalidade constitucionalmente qualificada, qual seja a intervenção no domínio econômico.

Outro estudioso classificou as contribuições especiais em três espécies: 1. contribuições sociais; 2.de interesse de categorias profissionais e econômicas; e 3.de intervenção no domínio

econômico, acrescentando ainda Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário- 23. Rio de Janeiro, Malheiros, 2003.), a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, em decorrência da inclusão pela EC 39/02 do artigo 149-A da CF/88.

O Consultente enviou manifestação jurídica de sua Procuradoria e prejulgados do Tribunal de Contas de Santa Catarina, ponderando os mesmos pela integração das contribuições *sub examine* na base de cálculo contida no artigo 29-A da Constituição Federal (fls.03/17).

A SUBTEC instruiu os autos, partindo da determinação da natureza jurídica das contribuições (CIDE e COSIP) e a conceituação da receita tributária, pois o cálculo previsto no artigo 29-A da Lei Magna, refere-se “ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no §5º do art.153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior.”

A identificação da natureza jurídica foi objeto de diversos estudos jurídicos, causando grande divergência doutrinária, pelo fato de que as contribuições em tela não constavam na redação original do Código Tributário Nacional, motivo pelo qual, interpretando o art.217 do CTN, já se consideravam as **contribuições especiais como nova espécie tributária**.

Essa classificação doutrinária tem respaldo constitucional, pois os artigos 149 e 149-A da CF/88 prevêm que as normas gerais de direito tributário, além dos princípios da legalidade e anterioridade, se aplicam às contribuições especiais neles instituídas.

Ante o exposto e diante da identificação da natureza jurídica de tributo da CIDE e da COSIP, conseqüentemente, a vinculação dessas ao regime jurídico tributário, este Ministério Público acompanha o posicionamento do órgão técnico, opinando pela integração dos valores correspondentes a essas contribuições na somatória da receita tributária e das transferências, como base de cálculo para os limites previstos no artigo 29-A da Constituição Federal.

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Re-

latoria da Excelentíssima Auditora Yara Amazônia Lins.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, a douta Relatora levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir a conclusão do voto condutor, que assim salientou:

I – Considerando o entendimento do Coleto Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul através dos prejulgados n.ºs. 1642,1370,1450 e 1471 transcritos no Memo n.º 003/2006, elaborado pela Procuradoria Geral da Câmara Municipal de Manaus, fls. 03 a 11, a base de cálculo a que se refere o artigo 29-A da Constituição Federal é formada pelas seguintes receitas:

FPM – artigo 159 da CF; IRRF – artigo 158, I da CF; ITR- artigo 158, II CF; IPI- Exportação – artigo 159,II da CF; IOF- ouro – artigo 153, §5º, II CF;, IPVA- artigo 158, III da CF; ICMS- artigo 158, IV Constituição Federal, IPTU, ITBI, ISS, **Taxas e Contribuições de Melhoria – art. 149-A da CF; receitas arrecadadas decorrentes de contribuição para custeio de Iluminação Pública – art. 35 da Lei 4320/64.**

II - Considerando que o artigo 29-A da Constituição Federal determina que as despesas do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no §5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior.

VOTO de acordo com o Órgão Técnico e Parecer do doutro representante Ministerial, pela integração dos valores da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE e Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública - COSIP, na somatória da Receita Tributária e das transferências, com base de cálculo para os limites previstos no art. 29-A da Constituição Federal.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 23 de março de 2006, presidida pelo Conselheiro Júlio Cabral; tendo como signatários além do presidente, a Auditora Yara Lins (Relatora) e a representante ministerial, Evelyn Freire.

Receitas que constituem a base de cálculos para investimento em educação.

Consulta autuada sob Processo n. 5186/2004.

Relator: Conselheiro Aluizio Humberto Aires da Cruz.

Consulente:

Quais receitas, legalmente, constituem a base de cálculo para investimento em educação?

Tribunal Pleno:

“Tomar conhecimento da consulta formulada pelo Deputado Estadual ERON BEZERRA e encaminhar, como resposta ao Consulente, o seguinte:

- a) que a Receita Corrente Líquida pode ser adotada como base de cálculo para o repasse de recursos aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Tribunal de Contas do Estado e ao Ministério Público Estadual;
- b) que os recursos para aplicação em educação são aqueles previstos no art. 212 da Constituição Federal e no art. 200 da Constituição Estadual, isto é, **“a receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências”.**”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Deputado Estadual Eron Bezerra, acerca das receitas que, legalmente, constituem a base de cálculo para investimento em educação, como segue:

1. Quais receitas, legalmente, constituem a base de cálculo para investimento em educação, em conformidade com o que dispõe o artigo 212 da Constituição Federal.

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, posiciona-se de forma a abordar cada item individualmente, nos termos que seguem:

III - DA LEGISLAÇÃO SOBRE A MATÉRIA

A Carta Magna em seu art. 212, incumbe aos Estados e aos Municípios, aplicarem, anualmente, vinte e cinco por cento para investimento da educação, *in verbis*:

“Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

O art. 200 da Constituição Estadual suplementa o artigo supramencionado, bem como os valores referentes aos impostos, compreendida a proveniente transferências, *in uerbis*:

“Art. 200. O Estado e os Municípios aplicarão, anualmente, vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

§ 1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pelo Estado aos Municípios não é considerada receita estadual, para efeito do disposto neste artigo.

§ 2º Os recursos estaduais e municipais serão destinados, exclusivamente, ao ensino público de qualquer grau, ramo ou nível, mantido pelo Estado ou pelos Municípios, com ênfase para o atendimento das necessidades do ensino obrigatório.

Esta Corte de Contas já teve posicionamento sobre matéria semelhante quando emitiu o Parecer nº 003/2004-TCE-Tribunal Pleno, datado de 27/05/04 (cópia anexa), no Processo nº 10.763/2002 – Consulta do Sr. Eron Bezerra, Tomando conhecimento da mesma e encaminhando, como resposta consulente, no item “b”, o seguinte:

“b) que os recursos para aplicação em Educação são aqueles previstos no art. 212 da Constituição Federal e no art. 200 da Constituição Estadual, isto é a receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências”

O Quadro a seguir demonstra a base de cálculo dos gastos na aplicação e desenvolvimento de ensino. (pág. 84)

ESTADOS			
Mínimo de 25% dos Impostos/Transferências na MDE Mínimo de 15% (60% de 25%) no Ensino Fundamental		Repartição do Percentual Mínimo na MDE	
Receita Resultante de Imposto	- ITCD imposto s/ Transmissão "causa mortis" e Doação - ITBI - IPVA Imposto s/ Propriedade de Veículos Automotores (50%) IRRR Imposto de Renda Retido na Fonte	25%	15% Ensino Médio
	- ICMS Imposto s/ Circulação de Mercd. E Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (75%)	Base de cálculo FUNDEF	10% Outros Desp. MDE
TRANSFERÊNCIAS	FPE Fundo de Participação dos Estados e DF Desoneração ICMS (LC 87/96) Cota – Parte IPI Exportação (75%)	25%	15% FUNDEF (Ensino Fundamental) 10% outras Desp. MDE
	- Cota parte IOF Ouro	25%	15% - Ensino Fundamental 10% - Outras Desp. MDE

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por sua Procuradora, Dra. Elizângela Marinho, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu a Procuradora, em fundamentação consonante à Consultoria Técnica, onde complementou:

Conforme demonstrado pelo i. Órgão Técnico, o art. 212 da CF/88 proclama que incumbe aos Estados e Municípios aplicarem, anualmente, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) para investimento em educação, *in verbis*:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados e Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1.º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita de governo que a transferir.

Também revela o art. 200 da Constituição do Estado do Amazonas de 1989, nestes termos:

Art. 200. O Estado e os Municípios aplicarão, anualmente, vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento no ensino público.

§ 1.º A parcela da arrecadação de impostos transferida pelo Estado aos Municípios não é considerada receita estadual, para efeito do disposto neste artigo.

§ 2.º Os recursos estaduais e municipais serão destinados, exclusivamente, ao ensino público de qualquer grau, ramo ou nível, mantido pelo Estado ou pelos Municípios, com ênfase para o atendimento das necessidades do ensino obrigatório.

Já o art. 60 e § 1º dos Atos das Disposições Constitucionais

Transitórias dispõe:

Art. 60. Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e remuneração condigna do magistério. (grifo nosso).

§ 1.º A distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estados e seus Municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no art. 211 da Constituição Federal, é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de valorização do magistério, de natureza contábil.

Quer isto dizer que até o ano de 2006 os Estados não irão destinar menos que 60% dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da CF/88 à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental.

Complementando o artigo supra, a Lei n. 9.424, de 24.12.1996, em seu art. 1º, § 1º, incisos I, II, e III, bem como o § 2º do art. 60 do ADCT revela que o Fundo, aqui citado, será composto de, no mínimo, 15 % (quinze por cento) dos recursos:

- Da parcela do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, devida ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios, conforme dispõe o art. 155, inciso II, combinado com o art. 158, inciso IV, da CF/88;
- Do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e dos Municípios – FPM, previstos no art. 159, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal de 1988, e no Sistema Tributário Nacional (lei n. 5.172, de 25.10.1996);

- Da parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI devida aos Estados e ao Distrito Federal, na forma do art. 159, inciso II, da CF/88 e da Lei Complementar n. 61, de 26.12.1989.

O § 2º do art. 1º da Lei n. 9.424/1996 proclama, também, que deve ser incluído na base de cálculo do valor a que se refere o inciso I do § 1º do citado artigo (parcela do ICMS – art. 155, II, c/c o art. 158, IV, da CF/88) o montante de recursos financeiros transferidos, em moeda, pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios a título de compensação financeira pela perda de receitas decorrentes da desoneração das exportações, nos termos da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, bem como outras compensações da mesma natureza que vierem a ser instituídas. Diz mais o art. 6º da Lei reguladora do Fundef, pois mostra que a União complementarará os recursos do Fundo a que se refere o art. 1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Aluizio Humberto Aires da Cruz.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir a conclusão do voto condutor, que assim salientou:

“(…) EMITA Parecer informando ao consulente que os recursos para aplicação em educação são os previstos no art. 212, da constituição Federal e no art. 200, da constituição Estadual, quais sejam, “a receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências”,

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 04 de maio de 2006, presidida pelo Conselheiro Júlio Cabral; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Aluizio Cruz (Relator) e a representante ministerial, Fernanda Cantanhede Veiga Mendonça.

Titularidade do produto da arrecadação do Imposto de Renda Retido na Fonte no Poder Legislativo Municipal.

Consulta autuada sob Processo n. 3100/2005.

Relator: Conselheiro Aluizio Humberto Aires da Cruz.

Consulente:

Orientação quanto a quem cabe o produto da arrecadação do IRRF do Poder Legislativo, se pertence ao próprio Poder Legislativo ou ao Poder Executivo Municipal?

Tribunal Pleno:

“Responder ao consulente que:

(...)

- a) cabe ao Poder Executivo a gestão sistêmica orçamentária e financeira de cada unidade da Federação;
- b) a centralização dos recursos arrecadados no Tesouro gerido pelo Poder Executivo tem fundamento constitucional (art. 84, inciso II, c/c o art. 29, 165, § 5º; inciso I, §9º, art. 166, §§5º e 6º, e 168 da Constituição Federal);
- c) os valores arrecadados pelo Poder Legislativo em decorrência da retenção do imposto de renda na fonte sobre subsídios, remunerações e proventos (art. 158, inciso I, da CF/88), devem ser entregues, segundo a programação financeira local, ao Tesouro, gerido pelo Poder Executivo, e contabilizados para efeito do repasse, pelo Poder Exe-

cutivo, do duodécimo a que tem direito o Poder Legislativo, na forma do art.168, da Constituição.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Manaus, Vereador Marco Antonio Souza Ribeiro da Costa, acerca de:

“01 – O produto da arrecadação do Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF - pelo Poder Legislativo pertenceria a este ou ao Poder Executivo?”

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, posiciona-se da seguinte forma:

“(…)

A Arrecadação do Imposto de Renda Retida na Fonte - IRRF, pertence ao Executivo, isto é, aos Municípios, conforme dispositivo legal do artigo 158,I,da constituição Federal, in verbis:

Art. 158 pertence aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e provento de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.

Entretanto, a União repassa 22 5/10% inteiros (vinte dois inteiros e cinco décimos por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, como versa o artigo 159, inciso I, alínea b, da CF/88, in verbis:

Artigo 159 A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e pro-

ventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e sete por cento na seguinte forma:

h - vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios.

Reza o art. 29-A da constituição Federal, que o montante arrecadado no exercício anterior, da receita tributária do Município, acrescida das transferências recebidas por força dos arts. 153, §5º, 158 e 159, da Carta Magna, servirá de base de cálculo para o repasse do duodécimo à câmara Municipal, cuja transferência deverá ocorrer, impreterivelmente, até o dia 20 de cada mês, sob pena do Prefeito incorrer em crime de responsabilidade, como já exposto na consulta dessa câmara Municipal de Manaus, objeto do processo TCE nº 1245/2005.

Cabe, ainda, esclarecer que o repasse financeiro deverá respeitar a previsão orçamentária do exercício (vide Lei orçamentária Anual Exercício Financeiro de 2005, em anexo) a que se refere os limites insertos no art.29-A, da CF. Assim in verbis:

Artigo 29-A - O total da despesa do poder Legislativo Municipal, incluídos dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior.

...

IV - cinco por cento para Municípios com população acima de quinhentos mil habitantes.

§ 2º Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal:

I - efetuar o repasse que supere os limites definido neste artigo;

II - não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês;

III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

(...)

Por tratar a presente consulta de caso em tese, cujas previsões encontram-se claramente normatizadas, como apontado neste Relatório Conclusivo, esta SUBTEC, sugere ao Egrégio Tribunal Pleno, ouvindo antes o Douto Ministério público, que decida pelo conhecimento da presente consulta, conforme o artigo 1º, inciso XXIII, da Lei n.º 2423/96, em razão do disposto no art.29-A, c/c o art. 158,I e 159, I, b da CF, que determina que o repasse do Imposto de Renda Retido na Fonte- IRRF- ocorre indiretamente só que dentro do percentual estabelecido na Receita Tributária, através do FPM, conforme mencionados nos artigos acima e no quadro demonstrativo da Receita da Prefeitura Municipal de Manaus, 2004.

E o relatório, s.mj.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Evanildo Santana Bragança, emitiu seu Parecer nos autos:

“

(...)

A consulta merece ser conhecida. A matéria tem repercussão geral e as indagações feitas são de ordem teórica, por que se apegam à busca de critérios precisos de interpretação de disposições normativas.

No mérito, ressalto o acerto da SUBTEC.

Já está assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o produto do imposto de renda retido na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, por suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem, pertencem a cada um dos respectivos entes citados (art. 157, inc. I, e 158, inc. I, da Constituição Federal). A este respeito veja-se o ROMS nº 6005-RJ (STJ-1ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Bar-

ros, j. 06.09.1995, DJU de 16.10.1995, p. 34.610).

A consulta, então, versa sobre a gestão financeira deste recurso municipal arrecadado no Poder Legislativo.

Este recurso, como dito, pertence ao Município, no caso, o Município de Manaus e não a um dos seus Poderes institucionais, individualmente considerados.

Não se trata de receita vinculada a certo gasto, diante da ausência de previsão constitucional expressa nesse sentido. Não se pode dizer que a regra do art. 29-A da Constituição da República atribua, ainda que por via transversa, a titularidade deste montante arrecadado com IRRF a um Poder municipal específico, pois tal mandamento apenas estabelece limite máximo de gastos do Legislativo local, excluídas as despesas com inativos.

O procedimento adotado pelo Poder Legislativo deve ser, então, o de remeter ao erário os montantes arrecadados e se este Tesouro é administrado pelo Poder Executivo, então fica patente que os recursos decorrentes da retenção do imposto de renda, sujeitos à regra do inc. I do art. 158, devem ser depositados pela Câmara Municipal nas contas indicadas do Tesouro.

Não há como ocorrer ofensa à lei de diretrizes orçamentárias ou à lei orçamentária anual, por que tais regras infraconstitucionais não poderão inovar diante da ausência de previsão constitucional nacional expressa.

A razão de haver uma gestão centralizada do orçamento não é apenas prática (para garantir um planejamento efetivo e sistêmico), mas também mandamental.

A regra do art. 84, inc. II, da Constituição federal atribui ao Chefe do Poder Executivo a direção superior da Administração Pública.

Por esta razão, no campo das finanças públicas, há uma série de regras que dão ao Poder Executivo a gestão do sistema orçamentário e financeiro, cabendo-lhe consolidar as previsões de receitas e despesas de todos os Poderes, órgãos e entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional (art. 165, §5º,

inc. I, § 9º, art. 166, §§ 5º e 6º), bem assim acompanhar e consolidar as informações sobre ganhos e dispêndios à conta do Tesouro. Eis aqui a positivação dos princípios orçamentários da universalidade e da unidade.

É também por esta razão que surgem, para os demais Poderes, regras protetivas, tal como a do art. 168 da Carta de 1988, ao determinar a amplitude e os prazos dos repasses financeiros, pelo Executivo, para a manutenção das atividades dos demais Poderes constitucionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Trata-se de um sistema normativo equilibrado, de modo que a preeminência administrativa do Poder Executivo não implique ingerência nos demais Poderes. Independentes e harmônicos que devem ser, dispositivos como o do art. 168 precitado tem o valor de preservar a autonomia funcional destes Poderes, mas não necessariamente garantir um completo isolamento administrativo.

Como afirma JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, cabe ao Chefe do Poder Executivo planejar o orçamento e gerenciar sua execução (Comentários à Constituição de 1988. Rio: Forense Universitária, 2ª ed., 1993, v. VII, p. 3.829).

A este respeito, trago à colação do seguinte julgado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
PARÁGRAFOS 1.º E 2.º DO ARTIGO 162 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA Nº 31, DE 30.12.97. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 22, I; E 84, II, DA CARTA DA REPÚBLICA.

O primeiro dispositivo impugnado, ao atribuir à instituição financeira depositária dos recursos do Estado a iniciativa de repassar, automaticamente, às contas dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas as dotações orçamentárias a eles destinadas, **caracteriza ofensa ao art. 84, II, da CF/88 (de observância obrigatória pelas unidades federadas), que confere, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo, a direção superior da Administração estadual.**

(...)

(STF-Pleno, ADI nº 1901-MG, rel. Min, Ilmar Galvão, j. 03.02.2003, maioria, DJU de 90.05.2003, p. 43; grifos meus)

Este modelo engendra comportamento similar no âmbito municipal por força do disposto no art. 29 da mesma Carta, que impõe: O Município reger-se-á por lei orgânica, (...), atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado (...), como determinado na ADIN nº 1.914-RO:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 2º DO ART. 137 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N 8, DE 04.11.98. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 61, § 1, II, "B", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR.

Diz o art. 137 da Constituição do Estado de Rondônia, com a redação que lhe foi dada pela E.C. n 08, de 04.11.1998: "Art. 137 - Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário e do Ministério Público, incluindo o Tribunal de Contas do Estado, ser-lhes-ão entregues em duodécimos até o dia vinte de cada mês." 2. E seu novo parágrafo 2: "§ 2 - O repasse financeiro dos recursos a que se refere este artigo será feito mediante crédito automático em conta própria de cada órgão mencionado no "caput" deste artigo pela instituição financeira centralizadora da receita do Estado." 3. Em caso análogo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, suspendeu o parágrafo 1 do art. 162 da Constituição do Estado de Minas Gerais, pois, prevendo, também, "a transferência de duodécimos mediante crédito bancário automático, nas contas dos órgãos destinatários", pareceu configurar restrição à competência privativa do chefe do Poder Executivo, "de exercer a direção superior, no caso, da Administração Estadual, como previsto no art. 84, II, da Constituição Federal, **de observância imperiosa pelas unidades federadas**" (A.D.I. n 1.901).

(STF-Pleno, medida cautelar, rel. Min. Sidney Sanches, j. 25.11.1998, maioria, DJU de 01.09.2000, p. 105; grifos meus)

Não há que se falar, conseqüentemente, em ofensa à separação de poderes ou à independência do exercício das funções institucionais mais elevadas do ente estatal e, em hipótese extrema, pode-se ainda dizer que há uma palição deste conceito de independência dos Poderes pelo próprio texto magno, que estabelece restrições, sem, contudo, afetar a autonomia funcional de cada um deles.

Por outra perspectiva, o gerenciamento centralizado, mas desconcentrado (organicamente), do orçamento e de sua execução financeira é justamente a afirmação da separação dos poderes, na medida em que a Constituição dá ao Poder Executivo as rédeas do que nela é denominado de direção superior da administração, sem prejuízo, repiso, da autonomia funcional e administrativa dos ditos Poderes.

Em suma: a remessa dos valores arrecadados deve ser feita ao Tesouro e, então, juntados tais valores aos demais da arrecadação municipal, o Poder Legislativo terá de volta os repasses determinados na LDO e na lei orçamentária, consoante a previsão de sua despesa, por duodécimo, até o dia 20 de cada mês.

Cabe observar que, no caso de Manaus, consoante a LDO do presente exercício, Lei municipal nº 785, de 02.07.2004 (DOM de 20.07.2004), o valor máximo do repasse ao Legislativo local é fixado em 5% da receita tributária de Manaus (com vinculação, aliás duvidosa) ao disposto no art. 29-A (que se refere a limite máximo de despesa, excluídos os gastos com inativos, e não, portanto, de receita, que deveria ser maior para abranger, justamente, os inativos).

Destarte, o raciocínio engendrado pela elevada autoridade consultante é falho pressupor que o Legislativo, uma vez tendo depositado junto ao tesouro o IRRF de seus servidores e inativos, não o reveja na integralidade, uma vez que, a participação da Câmara manauara é calculado sobre toda a receita tributária municipal, inclusive o IRRF dos servidores e inativos do Poder Executivo, cujo quadro de pessoal é imensamente maior, gerando retenção muito superior e, por conseguinte, uma base

de cálculo mais ampla sobre a qual incidirá a participação do Poder Legislativo.

Por todo o exposto, concordando com o órgão técnico, opino por que o colendo Tribunal Pleno conheça da presente consulta para respondê-la nos seguintes termos:

1. cabe ao Poder Executivo a gestão sistêmica orçamentária e financeira de cada unidade da Federação;
2. a centralização dos recursos arrecadados no Tesouro gerido pelo Poder Executivo tem fundamento constitucional (art. 84, inc. II, c/c 29, 165, §5º, inc. I, § 9º, art. 166, §§ 5º e 6º, e 168 da Constituição Federal);
3. os valores arrecadados pelo Poder Legislativo em decorrência da retenção do imposto de renda na fonte sobre subsídios, remunerações e proventos (art. 158, inc. I, da CF/88) devem ser entregues, segundo a programação financeira local, ao Tesouro, gerido pelo Poder Executivo, e contabilizados para efeito do repasse, pelo Poder Executivo, do duodécimo a que tem direito o Poder Legislativo, na forma do art. 168 da Constituição Federal.

É o parecer.”

Desse modo, **sem divergências** de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Aluizio Humberto Aires da Cruz, que ao acolher o entendimento do Ministério Público assim votou:

“(…)

VOTO, acolhendo o entendimento da SUBTEC e do douto *Parquet*, e com base no art. 1º, XXIII, da Lei nº 2423/96, no sentido de que o Egrégio Tribunal Pleno, conheça da presente consulta, para respondê-la ao Consulente, por meio de Parecer, no termos seguintes:

“a) cabe ao Poder Executivo a gestão sistêmica orçamentária e

financeira de cada unidade da Federação;

b) a centralização dos recursos arrecadados no Tesouro gerido pelo Poder Executivo tem fundamento constitucional (art. 84, inc. II, c/c 29, 165, § 5º, inc. I, § 9º, art. 166, §§ 5º e 6º, e 168 da Constituição Federal);

c) os valores arrecadados pelo Poder Legislativo em decorrência da retenção do imposto de renda na fonte sobre subsídios, remunerações e proventos (art. 158, inc. I, da CF/88), devem ser entregues, segundo a programação financeira local, ao Tesouro, gerido pelo Poder Executivo, e contabilizados para efeito do repasse, pelo Poder Executivo, do duodécimo a que tem direito o Poder Legislativo, na forma do art. 168, da Constituição Federal”.

É como voto.”

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, compulsou-a, e conheceu nos termos do Voto condutor, emitindo PARECER ao Consulente, na Sessão Ordinária de 26 de janeiro de 2006, presidida pelo Conselheiro Julio Cabral; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Aluizio Humberto Aires da Cruz (Relator) e o representante ministerial, Érico Xavier Desterro e Silva.

Uso de apólices da dívida pública como garantia à execução dos contratos.

Consulta autuada sob Processo n. 2707/2004.

Relator: Conselheiro José Augusto de Almeida.

Consulente:

- I. Todas as apólices da dívida pública não poderão mais ser usadas como garantia?
- II. Caso seja possível, a partir de que data elas deverão ser emitidas, ou somente serão consideradas de fácil liquidez se tiverem cotação em bolsa?
- III. Após essa definição, ela poderá ser aplicada aos contratos que ainda não foram firmados, quando o edital de Licitação não estabeleceu previamente este parâmetro de aceitação das apólices da dívida pública?

Tribunal Pleno:

“Responder ao consulente que:

(...) Só devem ser aceitos, como garantia de participação em procedimentos licitatórios, títulos da Dívida Pública não prescritos e que gozem de fácil liquidez, ou seja, se tiverem cotação em bolsa de valores. Assim agindo, estará a Administração dando estrito cumprimento ao inciso I, § 1º, do art.56 da Lei 8666/93;

Que a SEINF recuse qualquer título da dívida pública cuja garantia for duvidosa ou com validade vencida como é o caso das apólices da dívida pública do tempo da República Ve-

lha, com base na assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Sim. Poderá a SEINF aplicar o procedimento em contratos que ainda não foram firmados, desde que os títulos da dívida pública sejam válidos e gozem de liquidez, podendo tal disposição constar ou não do edital de licitação, uma vez que já é prevista no inciso I, § 1, do artigo 56 da Lei nº 8666/93.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretário de Estado de Infra-Estrutura, Sr. Fernando Elias Prestes Gonçalves, como segue:

1. Todas as apólices da dívida pública não poderão mais ser usadas como garantia?
2. Caso seja possível, a partir de que data elas deverão ser emitidas, ou somente serão consideradas de fácil liquidez se tiverem cotação em bolsa?
3. Após essa definição, ela poderá ser aplicada aos contratos que ainda não foram firmados, quando o edital de Licitação não estabeleceu previamente este parâmetro de aceitação das apólices da dívida pública?

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei e na jurisprudência, posiciona-se nos termos que seguem:

“(…)

Conforme o Informativo da Lei de Licitação (ILC nº 70, dezembro/99, p.948), no que diz respeito à aceitabilidade de títulos da dívida pública emitidos no início do século, é conhecido o dissídio sobre a matéria, ora sob o crivo do Superior Tribunal de Justiça. Em síntese, narra-se que “*A partir da descoberta, pela*

Fundação Getúlio Vargas, de uma fórmula para estabelecer o valor de face de títulos públicos antigos, a matéria despertou vivo interesse jurídico entre os profissionais do Direito e entre as empresas empenhadas na utilização desses papéis para quitação de suas obrigações, notadamente as de natureza tributária. Algumas organizações lograram obter, perante a 17ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro medida liminar assegurando a quitação de dívida junto ao INSS com os títulos públicos datados do início deste século. A liminar foi cassada pelo Presidente do TRF da 2ª Região, mas foi reconhecida pela Turma Julgadora. Esse fato ensejou o pedido de suspensão dos efeitos da liminar, formulada pelo órgão securitário do Superior Tribunal de Justiça. O presidente daquela corte deferiu o pedido de suspensão, o feito sub judice(apud Kiyoshi Harada, Títulos da Dívida Pública, in Revista de Licitações e Contratos, n.º 14, ago./99, p.20-22, Ed. Consulex, Brasília -DF, 1999)."

Estes papéis começaram a ser emitidos em 1902, ainda pelo Presidente Campos Sales, na época do "conto de réis" e, conforme informou a Procuradoria da Fazenda Nacional, já se encontram prescritos há mais de três décadas.

Na verdade estes títulos foram emitidos desde o ano de 1902 até o ano de 1940, por sucessivos governos, com a finalidade de captar recursos para a construção de pontes e ferrovias, depois, já a partir de 1956, o governo começou a resgatá-los. Entretanto 2% (dois por cento) dos títulos, que correspondem a aproximadamente 200 (duzentos mil) apólices não foram resgatados à época.

As antigas apólices da dívida pública, entretanto, deixam os armários dos colecionadores, para compor uma tentativa, até agora frustrada, de dar um golpe nos cofres da União em valores que ascendem a cifra dos trinta bilhões de dólares.

Nesta empreitada envolveram-se financistas, empresários e especuladores nacionais e internacionais, todos movimentados pelos canais do poder de forma a influenciar membros do executivo, do legislativo e do judiciário para viabilizar a transformação dos papéis podres em dinheiro limpo e legal.

O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, em 15 de junho de 1998, concordando com o Parecer da PGFN/GAB/Nº 859/98, e tendo em vista o noticiário do derrame de títulos falsos, re-

comenda que seja tomada especial cautela na verificação da autenticidade dessas cédulas, promovendo, se for o caso, o competente incidente de falsidade documental.

As apólices da dívida pública, emitidas no início do século, sem cotação no mercado e com fundadas alegações de prescrição, não podem ser tidas como aptas a garantir a execução de débito resultante do não recolhimento do FGTS, não sendo, portanto, admissíveis para substituir os bens penhorados. Precedentes Jurisprudenciais (TRF-1ª.Região-3ª. Turma Suplementar, AI 1998.01.00.092065-5-G0, rel. Juiz Convocado Alberto Simões de Tomaz, J.13.03.2003, negaram provimento, v.u., DJ 03.04.2003, p.101).

O eg. Superior Tribunal de Justiça, detentor da última palavra na interpretação do direito federal, também já apreciou a matéria posta em debate, decidindo que “ O título da Dívida Pública só será considerado de fácil liquidez se puder ser negociado na bolsa de valores, à semelhança dos títulos de crédito. Não tendo cotação em bolsa, tais títulos não se enquadram no inciso II da ordem legal do artigo 11, da Lei de Execução Fiscais “(AGA n’314.708/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ/I DE 12.2.2001, PÁG.100)” (TRF-1ª Região -3ª. Turma, AGA 2002.01.00.039728-8-DF, rel. Juiz Convocado Ricardo Machado Rabelo, J.18.03.2003, negaram provimento, v.u., DJ 04.04.2003, p.53).

A Lei nº 8666/93, em seu art.56, § 1º, I, permite que tais títulos sejam concedidos como modalidade de garantia. Porém, ante ao exposto, entendemos que os mesmos, só poderão usufruir desse privilégio se gozarem de liquidez, certeza, e que tenham cotação em bolsas de valores, com o fito de assegurar que a execução, que é feita no interesse do credor (art.612 do CPC), alcance seu objetivo, tornando efetiva jurisdição.

(...)

III – CONCLUSÃO

Feitas estas considerações de ordem legal, a SUBTEC sugere que esta Corte de Contas se manifeste pelo não conhecimento da presente Consulta, por se tratar de caso concreto (inciso

XXIII, do art.1º, da Lei nº 2423/96, c/c § 2º, art.289 da Resolução nº 04/02/TCE), informando ao consulente a respeito do posicionamento desta Egrégia Casa, conforme §3º, art.278, do Regimento Interno desta Casa, porém seja antes ouvido, o douto Ministério Público.”

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral, na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã, emitiu seu Parecer nos autos:

Primeiramente, verifico que a Consulta sob exame preenche os requisitos de admissibilidade constantes do art.274 do RI/TCE, versando sobre questão hipotética e não de caso concreto, podendo, desta forma ser conhecida pelo E. Tribunal Pleno, conforme o disposto no art. 1º, XXIII da Lei Orgânica.

Neste ponto, portanto, discordo do posicionamento manifestado pela SUBTEC, que entendera tratar a consulta de caso concreto, em razão desta Corte já haver se manifestado sobre o assunto, nos autos dos processos nºs. 1002/03 e 2129/03. Nos dois casos citados, porém, assim como em outros similares, o E. Tribunal Pleno decidiu sobre autorização para liberação de caução, nos termos do art. 1º, XX, da Lei orgânica, ocasião em que fez recomendação ao órgão de origem (COP) para que não mais aceitasse ou que se abstinhasse de aceitar antigas apólices da dívida pública, emitidas no início do século passado, como garantia para execução de contratos.

Por outro lado, o objeto versado na presente consulta não se restringe a um caso concreto, mas sim sobre qual procedimento deverá o consulente adotar, de forma genérica, em relação às apólices da dívida pública que venham a ser oferecidas como garantia à execução de futuros contratos celebrados pelo órgão, tendo em vista as recomendações contidas nas decisões exaradas nos processos supramencionados. Penso, pois, que a presente consulta deve ser conhecida pelo Tribunal, pois se trata de prejudgamento de tese, visando orientar procedimento genérico a ser adotado pelo órgão em relação às garantias contratuais previstas no art. 56 da Lei nº 8.666/93.

Superadas as questões da admissibilidade e do conhecimento da consulta, passemos ao exame das questões formuladas na peça consultiva.

Em primeiro lugar, relembro o disposto no art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mais especificamente em seu inciso I, que permite como garantia à execução contratual a “caução em dinheiro ou títulos da dívida pública” (grifei). Portanto, em resposta ao primeiro questionamento formulado na consulta resta claro, por previsão legal, que podem ser aceitas como garantia as apólices ou títulos da dívida pública. A controvérsia reside em saber que apólices não podem ou não devem ser aceitas, em face de sua prescrição ou iliquidez, que impossibilitam a execução judicial da garantia prestada.

A caução real prevista no dispositivo supracitado da Lei Licitação poderá ser prestada em dinheiro ou títulos da dívida pública, conforme visto acima. Por ela o contratado transfere à Administração a posse de um bem corpóreo, cujo objetivo é assegurar o cumprimento de sua prestação ou satisfazer eventual sanção contratual.

A respeito da caução prestada mediante títulos antigos da dívida pública, trago à lume o comentário de Marçal Justen Filho, nos seguintes termos:

“Uma questão pertinente seria a oferta de títulos de dívida pública de exigibilidade e valor questionáveis. A referência relaciona-se com a difusão de disputas sobre títulos emitidos durante o Império ou nos primeiros anos da República. Deve-se ter cautela com o tema. Em princípio, esses títulos são reputados como prescritos. Quando assim não o for, há o sério problema da apuração de seu valor (especialmente porque, à época de sua emissão, não havia previsão de correção monetária). Não é facultado à Administração definir, por ocasião da contratação, a certeza e perfeição de títulos dessa ordem. Por isso, a solução mais adequada é remeter o interessado ao Poder Judiciário, para obter sentença que elimine a incerteza sobre a exigibilidade e liquidez de títulos os dessa natureza.”¹

A exigência de garantia visa assegurar à Administração de que o

1. JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos. 9ª ed., São Paulo: Dialética. 2002. Pág. 468.

particular selecionado na licitação poderá executar satisfatoriamente o objeto contratado. Representa, pois, um instrumento para eliminar, ou, pelo menos, reduzir os riscos de insucesso. Nesse sentido, a garantia deve ser idônea e eficaz. De nada adiantaria a Administração receber títulos prescritos ou sem cotação em bolsa, que, por isto mesmo, podem não encontrar comprador, perdendo, assim, seu caráter garantidor. E sempre bom lembrar que a lei licitatória faculta ao particular a escolha da modalidade de garantia mas cabe à Administração verificar com base em elementos objetivos, a idoneidade e a eficácia da garantia.

Conforme precedentes jurisprudenciais, mencionados no Relatório Conclusivo da SUBTEC (fls. 16/17), o Superior Tribunal de Justiça - STJ já decidiu, ao examinar o processo nº AG 314708/SP, sobre a liquidez e aceitação de títulos da dívida pública:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA DE 1902. RECUSA DO EXEQUENTE. DUVIDOSA LIQUIDEZ DO TÍTULO. LEGITIMIDADE DA RECUSA. ORDEM LEGAL DO ART. 11 DA LEI 6.830/80.

1 - O título da dívida pública só será considerado de fácil liquidez se puder ser negociado na bolsa de valores, à semelhança dos títulos de crédito.

2 - Não tendo cotação em bolsa, tais títulos não se enquadram no inciso II da ordem legal do art. 11 da Lei de Execuções Fiscais, mas sim no inciso VIII do mesmo artigo (direitos e ações).

3 - Agravo regimental desprovido.

Ainda sobre o tema, trago à colação o entendimento de Jessé Torres Pereira Junior, sobre garantias previstas no art. 56, parágrafo 1º, I, da Lei nº 8.666/93:

“Entre os meios autorizados de comprovação de qualificação econômico-financeira encontra-se, no art. 31, III, da Lei nº 8.666/93, a garantia de participação, em valor limitado a 1% sobre o valor estimado do objeto em disputa. E entre as espécies

de garantias admitidas estão os títulos da dívida pública (art. 56, pdrágrafo 1º,I).

Seja qual for a espécie de garantia pela qual opte o licitante, é todavia evidente que se destina a assegurar à Administração que o licitante terá condições econômico-financeiras para bem e adequadamente cumprir com as obrigações do contrato, se resultar adjudicatário.

Se os títulos trazidos em garantia não têm cotação em Bolsa e controverte-se sobre a sua validade, certo que, por isto mesmo, podem não encontrar comprador, é curial que se esvai o seu caráter de garantia, restando incomprovada a qualificação econômico-financeira de quem os apresente. Ademais, polêmica é, ainda, a fórmula proposta para a atualização do valor desses títulos quase centenários, seguindo-se que sequer se sabe se, mesmo adotando-se a fórmula, alcançariam o valor estabelecido no edital. A consequência é a inabilitação do licitante em face da falta de garantia idônea, exigida no ato convocatório do prélio.

(...) O que importa, no processo administrativo da licitação, é se o licitante oferece, ou não, garantia bastante para tranquilizar a Administração diante do exposto no art. 37, XXI, da Constituição. Títulos da dívida pública, de 1902, sem cotação em Bolsa, não cumprem a função, ali estabelecida, de comprovar qualificação econômico-financeira.⁷² (grifei).

Assim sendo, penso estar respondida a segunda questão colocada pelo consulente, no sentido de que, em que pese a previsão do art. 56, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, só devem ser aceitos como garantia os títulos da dívida pública não prescritos e que gozem de fácil liquidez, podendo ser aferido seu valor mediante cotação em Bolsa, assegurando-se a idoneidade e a eficácia da garantia prestada, visando tranquilizar a Administração em caso de inadimplemento contratual, caso em que poderá promover a execução de tais títulos.

Por fim, passo ao exame da última arguição da consulta, sobre a aplicação do procedimento aos contratos que ainda não foram

2. ⁷² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Págs. 584 e 585.

firmados, quando o edital de licitação não previu este parâmetro de aceitação das apólices da dívida pública.

Sobre essa questão, penso que o procedimento poderá ser adotado já nesses casos, mesmo sem expressa previsão no Edital da Licitação.

Ao contratar com o particular, “a Administração deve cercar-se de todas as cautelas para evitar prejuízos ao patrimônio público. Isso significa exigir do particular o fornecimento de garantias de indenização de eventuais danos”³. Significa, portanto, exigir garantias idôneas e eficazes, que possam, em caso de inadimplência contratual, atingir os objetivos pretendidos pela Órgão contratante. Trata-se de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Nesse caso, a discricionariedade da Administração não é infundada, mas está baseada também em aspectos práticos e em decisões do STJ que endossam a possibilidade de recusa de títulos cuja validade e/ou liquidez seja duvidosa.

Nesse sentido, em que pese a norma prevista no art. 41 da Lei das Licitações e Contratos, que confere a vinculação ao Ato convocatório, penso que o entendimento aqui manifestado pode ser aplicado nos casos mencionados na terceira questão do consulente. Nos próximos editais licitatórios, poderá o Órgão fazer constar as especificações quanto à aceitação de títulos da dívida pública.

Face ao exposto, manifesto-me no sentido de que o Egrégio Tribunal Pleno conheça da presente consulta, por se tratar de pré-julgamento de tese, com fulcro no art. 1º, inciso XXIII, da Lei nº 2.423/96, c/c os arts. 274, § 2º, e 278, da Resolução nº 04/2002-TCE, orientado o consulente a respeito do posicionamento desta Egrégia casa, nos termos propostos neste parecer, esclarecendo ao consulente o seguinte:

1 - Conforme o disposto no art. 56, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, pode ser aceita como garantia à execução de contratos a “caução prestada mediante títulos da dívida pública”; contudo, só devem ser aceitos os títulos da dívida pública não prescritos e que gozem de fácil liquidez, podendo ser aferido seu valor

3. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. Pág. 468.

mediante cotação em Bolsa, assegurando-se a idoneidade e a eficácia da garantia prestada, conforme precedentes jurisprudenciais do STJ, visando tranquilizar a Administração em caso de inadimplemento contratual, caso em que poderá promover a execução de tais títulos;

2 - Tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o fato de que, nesse caso, a discricionariedade da Administração não é infundada, mas está baseada também em aspectos práticos e em decisões do STJ que endossam a possibilidade de recusa de títulos cuja validade e/ou liquidez seja duvidosa, poderá o procedimento ser aplicado aos contratos que ainda não foram firmados, mesmo que o edital de licitação não tenha previsto este parâmetro de aceitação das apólices da dívida pública.

É como entendo, s.m.j.”

Assim sendo, **com as divergências parciais de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial**, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Conselheiro José Augusto de Almeida.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde ao se confrontar com a tese jurídica emitiu seu voto nos seguintes termos:

“(…)

Antes de proferir meu voto, observo que a matéria já está amplamente pacificada no âmbito dos tribunais brasileiros. O questionamento, sem dúvida, se originou da aceitação pela Administração de apólices da dívida pública emitidos ainda pela República Velha ao tempo do Presidente Manuel Ferraz de Campos Sales, como garantia em procedimentos licitatórios. O STJ em voto do ilustre Ministro Francisco Falcão assim se pronunciou:

O título da Dívida Pública só será considerado de fácil liquidez se puder ser negociado na bolsa de valores, à semelhança dos títulos de crédito. Não tendo cotação em bolsa, tais títulos não se enquadram no inciso II da ordem legal do artigo 11 da Lei de Execuções Fiscais” (Ref.

AGA 314-708/SP - REL. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ/t de 12.2.2001- Pág. 100^o. A par destas considerações e estando os autos devidamente instruídos VOTO, que este E. Tribunal Pleno:

Conheça da consulta, por competente a autoridade e legítimo o esclarecimento da dúvida suscitada, nos termos do artigo 1^o, XXIII da Lei 2423/96 (L.O./TCE) c/c o artigo 274 inciso V da Resolução 04/2002 (RI-TCE); e Responda ao Consulente que:

a) Só devem ser aceitos, como garantia de participação em procedimentos licitatórios, títulos da Dívida Pública **não prescritos e que gozem de fácil liquidez, ou seja, se tiverem cotação em bolsa de valores**. Assim agindo, estará a Administração dando estrito cumprimento ao inciso I, § 1^o, do art.56 da Lei 8666/93;

b) Que a SEINF recuse qualquer título da dívida pública cuja garantia for duvidosa ou com validade vencida como é o caso das apólices da dívida pública do tempo da República Velha, com base na assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

c) Sim. Poderá a SEINF aplicar o procedimento em contratos que ainda não foram firmados, desde que os títulos da dívida pública sejam válidos e gozem de liquidez, podendo tal disposição constar ou não do edital de licitação, uma vez que já é prevista no inciso I, § 1, do artigo 56 da Lei n^o 8666/93.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, compulsou-a, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 01 de setembro de 2005, presidida pelo Conselheiro João dos Santos Pereira Braga; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro José Augusto de Almeida (Relator) e a representante ministerial, Procuradora Fernanda Cantanhede Veiga Mendonça.



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS