PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE JUSTIÇA - PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PGM/CGC - PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo
Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900
Telefone:

Parecer PGM/CGC Nº 4216715

São Paulo, 17 de agosto de 2017

EMENTA 11.776 - PGM

Utilização da transferência constitucional do ICMS ao Município como garantia em contrato de empréstimo. Profundas divergências jurídicas acerca da interpretação do art. 167, IV, da Constituição da República. Informação nº 2.732/2010 - PGM.AJC. Risco jurídico que deve ser avaliado pelo gestor público quando da opção pela forma de garantia.

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DAS PREFEITURAS REGIONAIS

ASSUNTO : Contratação de operação de crédito para financiamento do Programa Asfalto Novo. Utilização de repasses do ICMS ao Município como garantia.

Informação nº 1.234/2017 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Coordenadoria Geral do Consultivo

Senhor Coordenador Geral

Trata-se de pedido, formulado pela pasta interessada e dirigido à Junta Orçamentária-Financeira (JOF), para contratação -- mediante processo competitivo -- de operação de crédito para financiamento do

programa 'Asfalto Novo', mais especificamente para recapeamento das Avenidas Paulista e Bernardino de Campos. A operação teve seu mérito e prosseguimento aprovados pela JOF (doc 3759250).

SF/SUTEM propôs garantir o futuro contrato com parcela dos recebíveis de ICMS, decorrentes da repartição constitucional de receitas (doc 3764994). Nos termos da referida manifestação:

> *"Vale ressaltar que para aumentar a competitividade do chamamento e ampliar os benefícios econômicos para o Município, propõe-se garantir o adimplemento integral da operação de crédito em questão por meio do fluxo de transferências estaduais a título de cota-parte do ICMS do Município, em linha com prática frequente nessas contratações, adotadas por diversos municípios em todo o país e adotada como alternativa por diversas instituições de fomento ligadas à entes públicos em âmbito nacional.*
>
> *Do ponto de vista financeiro, observa-se que a existência da possibilidade da concessão dessa garantia em contrato de mútuo tem por finalidade reduzir o custo de captação para o Município, ao mesmo tempo em que se reduz a complexidade da operação, haja vista que a alternativa seria obtenção de garantia prestada pela União Federal, caso no qual haveria a formulação de pleito específico à Secretaria do Tesouro Nacional, além de ser necessário o oferecimento de contragarantia da parte do Município à União, chegando-se, do ponto de vista econômico, ao mesmo resultado final.*
>
> *Em que pese o inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal prever a vedação de vinculação de receitas de impostos a despesas, órgãos ou fundos, consideramos que esse dispositivo da Constituição não se aplica ao presente caso vez que cota-parte do ICMS é legalmente classificada como receita de transferência, não se confundindo com receita de impostos, conforme preconiza o Anexo I da Portaria da Secretaria do Tesouro Nacional nº 163, de 4 de maio de 2001, que dispõe sobre normas gerais de consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, combinada com o artigo 11 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964."*

SF/ASJUR, por sua vez, discordou da posição, embora tenha reconhecido que não se trata de questão pacífica. Nos termos da manifestação da assessoria jurídica da pasta (doc. 3793577):

> *"Em primeiro lugar, a despeito de o Anexo I da Portaria da Secretaria do Tesouro Nacional nº 163, de 4 de maio de 2001, à luz da Lei nº 4.320, de 17 de março de 164, classificar a cota-parte do ICMS como receita de transferência, temos que tal classificação possui caráter preponderantemente contábil[2], não afastando, no que toca à natureza jurídica da receita, a qualidade de derivada (oriunda de tributação), ou seja, receita de imposto.*
>
> *(...)*
>
> *Desse modo, quanto à natureza jurídica, consideramos ser a cota-parte de ICMS* ***receita de imposto transferida,*** *sendo, portanto, abarcada pelo disposto no artigo 167, IV, da Constituição, haja vista que tal norma, ao vedar a vinculação de "receita de impostos", não faz distinção entre receita de imposto arrecadada pelo próprio ente e receita de imposto transferida."*

No mais, SF/ASJUR trouxe à baila julgados do STF (AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 665.291/RS) e do órgão especial do TJ/SP (ADI nº 2077592-67.2015.8.26.0000), que confirmariam a posição externada, ainda que também cite outro julgado do órgão especial desse mesmo tribunal em sentido contrário (ADI nº 0142749-60.2011.8.26.0000) -- ou seja, no sentido de que a vedação atingiria apenas impostos próprios. Ao final, diante da divergência verificada, propõe a remessa da questão à Procuradoria Geral, o que foi acatado pelo titular da pasta.

É o relato do necessário.

Esta Procuradoria Geral já admitiu, em ocasião anterior (Informação nº 2.732/2010 - PGM.AJC, doc. 4216634), a utilização do repasse constitucional do ICMS como garantia -- no caso, garantia de contrato de um contrato de parceria público-privada --, por entender que "*não sendo o Município o ente federativo titular do tributo (o imposto é estadual), não haverá, sob o ponto de vista lógico, vinculação de impostos vedada pela Constituição (art. 167, IV)*". À época, o escritório que prestava assessoria jurídica à consultoria contratada pelo Município para estruturar a parceria elaborou o memorando doc. 4216709, de lavra de Floriano de Azevedo Marques Neto, defendendo a viabilidade de vinculação das transferências de ICMS para o Município, para garantia no contrato de PPP.

Não vislumbramos, no momento, razões suficientes para alterar o posicionamento, embora se deva reconhecer -- e enfatizar -- que se trata de questão juridicamente polêmica. Há, em suma, duas possíveis interpretações para o art. 167, IV, da Constituição, verbis:

> *"Art. 167. São vedados:*
>
> *(...)*
>
> *IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;"*

A primeira interpretação parte da premissa de que a proibição prevista atinge os impostos de competência do próprio ente, não abrangendo, por conseguinte, a receita oriunda das transferências constitucionais (a repartição das receitas de tributos previstas no texto constitucional), uma vez que tais receitas, para os entes que a recebem, não constituem receitas de impostos, mas receitas de transferências. A segunda interpretação é no sentido de que, como o texto normativo não faz restrição, a vedação atingiria também as transferências constitucionais, quando oriundas do produto da arrecadação de impostos pelos entes federativos que efetuam os repasses.

Nenhuma das interpretações é despida de lógica, mas a primeira continua nos parecendo melhor. Para os entes que recebem transferências, a receita em questão não se trata de receita de impostos ou mesmo tributária, pois não foram arrecadadas pelo ente por meio de tributos. Trata-se de ingresso corrente derivada da repartição constitucional de receitas prevista na Constituição -- mais especificamente, de transferências correntes, cf. art. 11 da Lei federal nº 4.320. Portanto, se para o Estado a receita derivada da arrecadação de ICMS seria uma 'receita de impostos' (não passível de vinculação, portanto), para os Municípios recebedores da transferência constitucional seria uma receita não-tributária. Ela perderia, portanto, a qualidade de' receita de impostos'.

Se a qualificação como 'receita de impostos' acompanhasse a receita permanentemente, como um carimbo sobre o dinheiro, sequer poderia haver, nos contratos administrativos, a indicação da rubrica orçamentária que seria utilizada para pagamento ao contratado. Igualmente, uma verba pública, ao ser utilizada para pagamento a um contratado, se desqualifica como recurso público, ingressando no patrimônio do privado como receita privada. Se assim não fosse, os Tribunais de Contas teriam que acompanhar como as empresas contratadas pelo Poder Público empregam as suas receitas decorrentes de contratos firmados com a Administração. É natural, portanto, que operações jurídico-financeiras promovam requalificação jurídica da receita objeto da operação.

Ademais, parece-nos que, se o constituinte pretendesse incluir na vedação de vinculação a receita oriunda das transferências constitucionais, ele poderia tê-lo feito de forma expressa, proibindo a vinculação da receita de impostos e da receita oriunda de transferências derivadas da repartição da receita de impostos. Ou poderia ter proibido a vinculação de qualquer receita tributária, salvo as receitas dos tributos naturalmente vinculados (taxas e contribuições). Vale ressaltar que a repartição das receitas tributárias é tratada, na Constituição, em seção diversa das seções referentes aos impostos dos entes federativos.

Parece-nos que não há jurisprudência pacífica a respeito do tema. O órgão especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu por uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional em comento na ADI nº 2077592-67.2015.8.26.0000 (assim como em outras ações que apreciaram concessões de incentivos fiscais vinculados ao ICMS transferido):

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 5º, inciso V, da Lei nº 5.143, de 1º de fevereiro de 2011, do Município de Americana. Dispositivo que institui incentivo fiscal consistente no reembolso (em favor do beneficiário) de parte do ICMS transferido ao município.*
>
> *Alegação de ofensa ao princípio da não afetação das receitas. Reconhecimento. Em que pese a louvável intenção do legislador de Americana no sentido de promover o desenvolvimento do município por meio de incentivos fiscais, a solução adotada, nessa parte (referente à previsão de reembolso de parte do ICMS em favor do beneficiário), é totalmente incompatível e ofensiva à disposição do artigo 176, inciso IV, da Constituição Estadual.*
>
> *Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente".*
>
> *(ADI nº 2077592-67.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Des. Ferreira Rodrigues, 18/11/2015).*

No mesmo sentido:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONTITUCIONALIDADE – Lei nº 1.638, de 19 de dezembro de 2006, do Município de Itirapuã, que "autoriza o Executivo a devolver 25% (vinte e cinco por cento) do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e dá outras providências" – A regra constitucional é de não afetação da receita tributária, impossibilitando a vinculação da receita de impostos a órgãos, fundos ou despesas, salvo exceções expressamente constantes na Constituição Federal (art. 167, IV, da CF; e art. 176, IV, da CE, aplicável aos Municípios por força do art. 144) – A lei impugnada viola o princípio da não afetação da receita tributária às despesas públicas, vinculando receita a despesa pública ao autorizar o Poder Executivo a devolver 25% do IPVA recolhido pelo contribuinte que transferir veículos automotores registrados em outros municípios para o Município de Itirapuã – Violados os artigos 176, IV, e 144 da CE e 167, IV, da CF) – Inconstitucionalidade configurada. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.*
>
> *(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2270832-21.2015.8.26.0000; Relator (a): João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 14/09/2016; Data de Registro: 20/09/2016)*

Por outro lado, na ADI nº 0142749-60.2011.8.26.0000 o órgão especial adotou uma interpretação restritiva, em situação fática assemelhada à que se coloca no presente caso:

> *"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - NORMA MUNICIPAL AUTORIZANDO O PODER EXECUTIVO A VINCULAR REPASSE DE ICMS AO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CELEBRADA COM*

CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - VEDAÇÃO DO ART. 167, IV, CF - INAPLICABILIDADE - NORMA QUE SE APLICA APENAS AOS TRIBUTOS PRÓPRIOS E NÃO AOS REPASSES - ORIENTAÇÃO SEDIMENTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. 1. O e. Supremo Tribunal Federal, a quem compete em última instância consolidar exegese sobre o conteúdo de norma constitucional, sedimentou entendimento no sentido de que a vedação de que trata o inciso IV, do art 167, da lei maior, não se aplica aos repasses de ICMS. Destarte, como o art. 160, da Constituição Federal, trata de limitação imposta ao ente responsável pela realização da transferência, e não àquele por ela beneficiada, constitucional a norma municipal que autoriza o Poder Executivo a vincular transferências de ICMS ao cumprimento de obrigação celebrada com concessionária de serviço público. 2. Arguição julgada improcedente".

(Arguição de Inconstitucionalidade nº 0142749-60.2011.8.26.0000, Órgão Especial, data do julgamento 14/09/2011, Relator Artur Marques)

No Supremo Tribunal Federal a questão tampouco é tranquila. Segundo ementa no AgRg no RE 665.291/RS:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 923/2009. VINCULAÇÃO DE RECEITA DE ICMS A FUNDO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI EVIDENCIADA. NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. AFRONTA AO ART. 167, IV, DA CRFB/88, E AO ART. 154, IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. Nos termos da jurisprudência da Corte, é inconstitucional a destinação de receitas de impostos a fundos ou despesas, ante o princípio da não afetação aplicado às receitas provenientes de impostos.

2. Pretensão de, por vias indiretas, utilizar-se dos recursos originados do repasse do ICMS para viabilizar a concessão de incentivos a empresas.

3. Agravo regimental a que se nega provimento"

(AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 665.291/RS, Primeira Turma, Relator Min. Roberto Barroso, 16/02/2016)

Deve-se ressaltar, entretanto, que a questão referente à proibição ou não de vinculação das trasferências constitucionais não foi objeto de debate no acórdão, não tendo sido a questão central discutida no processo.

De outro giro, o STF também já decidiu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MOLDURA FÁTICA. Na apreciação do enquadramento do recurso extraordinário em um dos permissivos constitucionais, parte-se da moldura fática delineada pela Corte de origem. Impossível é pretender substituí-la para, a partir de fundamentos diversos, chegar-se a conclusão sobre o desrespeito a dispositivo da Lei Básica Federal. CONDENAÇÃO JUDICIAL - ACORDO - PARCELAMENTO. Em se tratando de acordo relativo a parcelamento de débito previsto em sentença judicial, possível é a dispensa do precatório uma vez não ocorrida a preterição. ACORDO - DÉBITO - ICMS - PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO. ***Inexiste ofensa ao inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, no que utilizado o produto da participação do município no ICMS para liquidação de débito. A vinculação vedada pelo Texto Constitucional está ligada a tributos próprios.***
(RE 184116, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 07/11/2000, DJ 16-02-2001 PP-00139 EMENT VOL-02019-02 PP-00419)

Há diversos exemplos, na prática, de destinação de parcela do FPE ou FPM, ou das transferências constitucionais, para garantia de contratos, especialmente depois que a Lei federal nº 11.079/04 passou a prever explicitamente a possibilidade do Poder Público prestar garantias aos parceiros privados nas parcerias público-privadas. Na concessão administrativa do Hospital do Suburbio (Estado da Bahia), por exemplo, foi segregada, por lei, parcela do FPE e destinada à sociedade de economia mista estadual, para garantir a remuneração do concessionário. O mesmo ocorreu com a Arena Pernambuco e com a Arena Fonte Nova, que sediaram jogos da Copa do Mundo de 2014, e com a concessão administrativa de equipamentos públicos (Ponte Estaiada e Unidades de Atendimento ao Cidadão) do Estado do Ceará. O Fundo garantidor de PPPs do Estado do Amazonas recebe recursos -- destinados, por lei, a ele -- de parcela das transferências constitucionais.

Importa ressaltar que não defendemos que o Município não tem a titularidade da receita objeto das previsões constitucionais de repartição, mas o reconhecimento desta titularidade não significa que tal receita não pode ser vinculada. O Município também tem a titularidade de preços públicos cobrados de locatários de bens públicos e isso não impede a vinculação do crédito.

Para concluir, reconhecemos a existência de profundas controvérsias acerca da viabilidade de vinculação das receitas decorrentes das transferências constitucionais aos Estados e Municípios (e, consequentemente, quanto à possibilidade de empregá-las como garantia em contratos). Isso, ao nosso ver, obsta o afastamento peremptorio de qualquer das interpretações possíveis, de modo que não nos parece que o entendimento manifestado na Informação nº 2.732/2010 - PGM.AJC encontra-se atualmente superado. Há, entretanto, que se reconhecer a existência de riscos jurídicos, que deverão ser sopesados pelo gestor público ao tomar decisão acerca da previsão desta forma de garantia. Por cautela, caso se decida pela previsão da garantia, pode ser conveniente antecipar no contrato a solução para a eventualidade da anulação da cláusula.

Sub censura.

RODRIGO BRACET MIRAGAYA
PROCURADOR ASSESSOR – AJC
OAB/SP Nº 227.775
PGM

De acordo.

TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO
Procuradora Assessora Chefe - AJC
OAB/SP 175.186
PGM

Documento assinado eletronicamente por **TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO**, **Procurador Chefe**, em 21/08/2017, às 15:08, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015

Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Bracet Miragaya**, **Procurador do Município**, em 21/08/2017, às 15:08, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **4216715** e o código CRC **7ACC3B44**.

Referência: Processo nº 6012.2017/0000462-1 SEI nº 4216715

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE JUSTIÇA - PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PGM/CGC - PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo
Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900
Telefone:

Parecer PGM/CGC Nº 4232521

São Paulo, 18 de agosto de 2017

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DAS PREFEITURAS REGIONAIS

ASSUNTO : Contratação de operação de crédito para financiamento do Programa Asfalto Novo. Utilização de repasses do ICMS ao Município como garantia.

Cont. da Informação nº 1.234/2017 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Senhor Procurador Geral

Encaminho a Vossa Senhoria manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria Geral, que acompanho, no sentido de (i) a existência de profundas controvérsias acerca da viabilidade de vinculação das receitas decorrentes das transferências constitucionais aos Estados e Municípios (e, consequentemente, quanto à possibilidade de empregá-las como garantia em contratos), diante do que prevê o art. 167, IV, da Constituição da República, obsta o afastamento peremptorio de qualquer interpretação possível, de forma que não nos parece que o entendimento manifestado na Informação nº 2.732/2010 - PGM.AJC encontra-se atualmente superado; (ii) mantém-se, por conseguinte, o entendimento pela viabilidade de emprego de receitas decorrentes das transferências constitucionais para fins de garantia em contratos; (iii) há que se reconhecer a existência de riscos jurídicos, caso se opte pela vinculação em questão, que deverão ser sopesados pelo gestor público ao tomar decisão acerca da forma de garantir o contrato.

TIAGO ROSSI
Coordenadori Geral do Consultivo
OAB/SP 195.910
PGM

Documento assinado eletronicamente por **TIAGO ROSSI**, **Procurador do Município**, em 21/08/2017, às 16:33, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **4232521** e o código CRC **A48A2AA5**.

Referência: Processo nº 6012.2017/0000462-1 SEI nº 4232521

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE JUSTIÇA - PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PGM/CGC - PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo
Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900
Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 4232791

São Paulo, 18 de agosto de 2017

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DAS PREFEITURAS REGIONAIS

ASSUNTO : Contratação de operação de crédito para financiamento do Programa Asfalto Novo. Utilização de repasses do ICMS ao Município como garantia.

Cont. da Informação nº 1.234/2017 – PGM.AJC

SF

Senhor Secretário

Encaminho a Vossa Senhoria manifestação da Coordenadoria Geral do Consultivo, que acolho, ementada sob o nº 11.776, no sentido de (i) a existência de profundas controvérsias acerca da viabilidade de vinculação das receitas decorrentes das transferências constitucionais aos Estados e Municípios (e, consequentemente, quanto à possibilidade de empregá-las como garantia em contratos), diante do que prevê o art. 167, IV, da Constituição da República, obsta o afastamento peremptorio de qualquer interpretação possível, de forma que não nos parece que o entendimento manifestado na Informação nº 2.732/2010 - PGM.AJC encontra-se atualmente superado; (ii) mantém-se, por conseguinte, o entendimento pela viabilidade de emprego de receitas decorrentes das transferências constitucionais para fins de garantia em contratos; (iii) há que se reconhecer a existência de riscos jurídicos, caso se opte pela vinculação em questão, que deverão ser sopesados pelo gestor público ao tomar decisão acerca da forma de garantir o contrato.

RICARDO FERRARI NOGUEIRA
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP nº 175.805
PGM

Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Ferrari Nogueira**, **Procurador Geral do Município**, em 22/08/2017, às 08:41, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **4232791** e o código CRC **C3784E7A**.

Referência: Processo nº 6012.2017/0000462-1 SEI nº 4232791