

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: SERVIÇO DE ÁGUA E SANEAMENTO AMBIENTAL DO MUNICÍPIO DE JUAZEIRO

PROCESSO Nº 13483e19

PARECER Nº 01733-19 (F.L.Q.)

CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE GARANTIA. FACULDADE DA ADMINISTRAÇÃO. LEI Nº 8.666/1993. ABERTURA DE CONTA BANCÁRIA ESPECÍFICA. VEDAÇÃO. PRINCÍPIO DA UNIDADE DE TESOUREARIA. ARTS. 2º E 56, DA LEI Nº 4.320/64.

1. Em geral, não há que se falar em garantia a ser oferecida pela Administração ao contratado, dispondo o art. 56, da Lei nº 8.666/1993 apenas acerca da possibilidade de a Administração exercer tal faculdade nas contratações de obras, serviços e compras, tendo em vista a sua posição de supremacia em relação ao contratado.

2. Por força do Princípio da Unidade de Tesouraria, insculpido nos arts. 2º e 56, da Lei nº 4.320/64, é vedado, em regra, a abertura de caixas especiais para cada espécie de receita auferida, devendo os recursos arrecadados a título de água e esgoto serem recolhidos à conta única do Tesouro Municipal.

O Diretor-Presidente do **SAAE - SERVIÇO DE ÁGUA E SANEAMENTO AMBIENTAL - JUAZEIRO-BA**, Sr. Joaquim Ferreira de Medeiros Neto, por intermédio do Ofício nº 223/19, endereçado ao Exmo. Presidente deste Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 13483e19, a respeito da contratação através da Locação de Ativos, objeto de análise por essa Assessoria Jurídica, nos autos do Processo nº 06210e19, questiona-nos o seguinte:

“1. É possível ofertar garantias contratuais para o adimplemento por parte de Poder Público no caso de locação de ativos?

2. É possível criar uma conta bancária por meio da qual o Poder Público autoriza o banco a transferir automaticamente parte das receitas oriundas de tarifas de água e esgoto (crédito não tributário) para o contratado referente aos valores mensais, após regular liquidação da despesa?”.

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Dito isso, cumpre pontuar que contrato administrativo, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, em “Manual de Direito Administrativo”, 17ª edição, Editora *Lumen Juris*, página 160, é “(...) **o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público**” (destaques no original).

O Professor José dos Santos Carvalho Filho, na obra anteriormente citada, página 163, ainda elucida que:

“Os contratos privados em geral traduzem um conjunto de direitos e obrigações em relação aos quais as partes se situam no mesmo plano jurídico. Não há supremacia de uma sobre a outra, e esse nivelamento está presente durante todo o curso do ajuste.

O mesmo não se passa com os contratos administrativos, e isso é explicável pelo fato de que eles visam a alcançar um fim útil para a coletividade, e, além disso, deles participa a própria Administração. É lógico, então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último.

Não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração **posição de supremacia** em relação ao contratado. (...) (destaques no original e aditados)

Por sua vez, discorrendo sobre as características dos contratos administrativos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em “Direito Administrativo”, 21ª edição, Editora Atlas, página 247, aduz que:

“Considerando os contratos administrativos, não no sentido amplo empregado na Lei nº 8.666/93, mas no sentido próprio e restrito, que abrange apenas aqueles acordos de que a Administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum, podem ser apontadas as seguintes características:

1. presença da Administração Pública como Poder Público;
2. finalidade pública;
3. obediência à forma prescrita em lei;
4. procedimento legal;
5. natureza de contrato de adesão;
6. natureza *intuitu personae*;
7. presença de cláusulas exorbitantes;
8. mutabilidade.” (destaques aditados)

Com relação às cláusulas exorbitantes, como é o caso da exigência de garantia, a referida Autora, na supramencionada obra, página 253, afirma que:

“São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.”

Assim sendo, considerando a posição de supremacia da Administração em relação ao contratado, desde que previsto no instrumento convocatório, pode a mesma exigir a prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. A recíproca, contudo, não é verdadeira.

Ou seja, **em regra, não há que se falar em garantia a ser oferecida pela Administração ao contratado**, tanto assim que o art. 56, da Lei nº 8.666/1993 preceitua apenas que:

“Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II – seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.” (destaques aditados)

Acerca do tema, Marçal Justen Filho, em “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª edição, Revista dos Tribunais, páginas 940/941, ensina que:

“Ao estabelecer requisitos de habilitação, a Administração Pública pretende cercar-se de todas as cautelas para evitar o insucesso da contratação. Presume-se que o sujeito ao preencher os requisitos constantes da habilitação e ter a proposta selecionada como vencedora terá total condição para executar satisfatoriamente o objeto do contrato. A garantia representa um instrumento adicional para eliminar riscos de insucesso.

A prestação de garantia pelo particular envolve uma questão delicada. Sob um ângulo, 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. Portanto, a prestação da garantia é uma vantagem para a Administração.

Sob outro enfoque, porém, a prestação de garantias representa um encargo econômico-financeiro para o particular. Para promover a garantia, é obrigado a desembolsar recursos. Em alguns casos, as dimensões desse encargo podem atingir valores muito elevados. Isso poderia inviabilizar a contratação porque o particular, muito embora em condições de desempenhar suas prestações, não disporia de recursos para arcar com o custo da garantia. Assim, a exigência de garantias vultosas poderia ser instrumento de impedimento à livre participação dos interessados. Como se não bastasse, o particular engloba, na formação de seus custos, os encargos necessários à obtenção da garantia. Sob essa abordagem, a garantia produz malefícios. Tanto reduz o número de licitantes como acarreta elevação dos custos para a Administração.

A Lei adotou uma solução de compromisso entre diversas possibilidades. Permite a exigência de garantias, mas adota sistema destinado a minorar os malefícios da figura.

A Lei remete à discricionariedade da Administração a exigência de garantia. Deverá ser exigida apenas nas hipóteses em que se faça necessária. Quando inexistirem riscos de lesão ao interesse estatal, a Administração não precisará impor a prestação de garantia. Mas a exigência da garantia já deverá constar do próprio ato convocatório. Omissa o ato convocatório, a prestação da garantia não pode ser introduzida em momento posterior. É que a prestação da garantia envolve um ônus econômico-financeiro e o licitante necessita conhecer, de

antemão, a real extensão de todas as obrigações e custos que recairão sobre ele.”
(destaques aditados)

Logo, com relação ao primeiro questionamento do Consultante, conclui-se que, em **geral, não há que se falar em garantia a ser oferecida pela Administração ao contratado, dispondo o art. 56, da Lei nº 8.666/1993 apenas acerca da possibilidade de a Administração exigir garantia nas contratações de obras, serviços e compras.**

E sendo a Locação de Ativos, como bem ressaltado por essa Assessoria Jurídica no Processo nº 06210e19, um contrato atípico, que será submetido ao regime de direito público, obedecendo aos ditames da Lei 8.666/93, prevalecendo o Poder de Império do Poder Público sobre o particular, a ele também aplica-se o entendimento explicitado no parágrafo anterior.

Neste ponto, a título de mero esclarecimento, cumpre registrar que o contrato de Locação de Ativos **não se confunde** com a Parceria Público-Privada – PPP, regida pela Lei nº 11.079/04, que, no seu art. 16, autoriza a União, suas autarquias e fundações públicas a participar em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude de contrato de PPP.

Eis o inteiro teor do referido dispositivo legal:

“Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos

critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.

§8º A capitalização do FGP, quando realizada por meio de recursos orçamentários, dar-se-á por ação orçamentária específica para esta finalidade, no âmbito de Encargos Financeiros da União.”.

No que se refere ao segundo questionamento do Missivista, qual seja, sobre a possibilidade de criação de uma conta bancária específica para transferência automática ao particular dos valores arrecadados a título de tarifa de água e esgoto, para pagamento da VML, seguem as seguintes considerações.

Com efeito, é pacífico na jurisprudência pátria que os valores cobrados aos usuários pelos serviços públicos de água e esgoto possuem natureza jurídica de preço público ou tarifa, não se confundindo com tributo de qualquer espécie.

Neste sentido, colaciona-se as decisões do E. Supremo Tribunal Federal – STF e do C. Superior Tribunal de Justiça - STJ:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. COBRANÇA PELO SERVIÇO DE ESGOTO SANITÁRIO. NATUREZA JURÍDICA. TARIFA. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA REFLEXA. SÚMULA STF 636.

A cobrança pelos serviços de água e esgoto não consubstancia tributo. Trata-se de preço público. Precedentes. O exame da acenada violação do princípio da legalidade somente se viabilizaria com análise de âmbito infraconstitucional – inviável em sede de recurso extraordinário (Súmula 636/STF).” (STF – AgR – AI – 784.175, Relatora: Ministra Rosa Weber)

“Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário. Constitucional. Serviços de água e esgoto. Natureza jurídica. Tarifa. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o valor cobrado dos usuários pelos serviços de água e esgoto têm natureza jurídica de preço público, não de taxa. 2. Os fundamentos da agravante, insuficientes para modificar a

decisão ora agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo ao processo, em detrimento da eficiente prestação jurisdicional (RE nº 408.537-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ 6/3/08). 3. Agravo regimental não provido.” (STF- RE 581.085 ED-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/09/2012).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL. PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL OU VINTENÁRIO. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. De acordo com a tese firmada no julgamento do **Recurso Especial Repetitivo nº 1.113.403/RJ** (Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010), é a natureza jurídica de tarifa ou preço público da contraprestação efetuada por concessionária de serviço público de água e esgoto que enseja a aplicação do Código Civil para regular o prazo prescricional da pretensão que visa à cobrança do crédito, razão pela qual não será observado o lumen prescricional estabelecido no Decreto nº 20.910/32.

2. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no Recurso Especial nº 1.606.178-SP, Relator: Ministro Sérgio Kukina) (grifo no original).

Preço Público ou Tarifa, de acordo com o MCASP – Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, 8ª edição, p. 277, consiste na “remuneração obtida pelo concessionário a título de compensação pelos serviços prestados. Constitui pagamento de natureza não tributária e configura obrigação contratual facultativa, já que é a receita obtida direta dos usuários dos serviços”.

Com taxa (espécie de tributo) não se confunde, na medida em que a sua arrecadação é facultativa, ou seja, depende da utilização pelos usuários dos serviços públicos opcionais que a Administração Pública, de forma direta ou por delegação, coloca à disposição da população, que dentro da sua discricionariedade, poderá escolher se os contrata ou não.

Não é outro o entendimento do E. STF, conforme dicção da Súmula nº 545: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Assim, os recursos oriundos das tarifas de água e esgoto cobradas aos usuários são créditos não tributários, cuja classificação orçamentária corresponde a Receita Corrente – Serviço, Código 1.6.1.0.01.1.1.00.00, segundo o Ato nº 288/2018, deste TCM/Ba, que “aprovou a classificação da receita e da despesa orçamentárias, a serem utilizadas por todos os entes jurisdicionados, para vigorar na execução do orçamento do exercício de 2019”, e que apresentam, *a priori*, arrecadação não-vinculada, na medida em que as

receitas auferidas pela Municipalidade a tal título não se encontram afetas a determinada despesa, salvo se houver determinação legal em sentido contrário.

Todavia, em que pese tal receita pública não seja originalmente vinculada, não há óbice para que o Gestor, no comando da gestão financeira das receitas, reverta a verba em questão para o adimplemento de despesas relacionadas à prestação do serviço público a que estão atreladas, a exemplo do que decidiu o C. Tribunal de Contas da União – TCU, no Acórdão nº 11552/2018, Relator Ministro Bruno Dantas, que aqui cita-se por analogia:

“Os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos ou com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos em razão de projetos beneficiados com recursos de convênios devem ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos ao erário e, adicionalmente, integrar a prestação de contas do ajuste.”.

Dito isso, é imperioso destacar que a verba arrecada com a tarifa de água e esgoto pelo Erário deve ser recolhida à conta única do Tesouro Municipal, em fiel observância ao Princípio da Unidade de Tesouraria, insculpido nos arts. 2º e 56, da Lei nº 4.320/64 e no art. 164, §3º, da Constituição Federal:

“Art. 2º A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade”.

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

“Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central.

(...)

§3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei”.

Precisas são as lições de Heraldo da Costa Reis e José Teixeira Machado Jr., em “A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal”, 36ª edição, pag. 100:

“A lei estabelece a unidade de tesouraria, isto é, o recolhimento de todas as receitas das entidades governamentais sujeitas a estas normas será centralizado em uma só caixa, formando um todo e vedando a utilização de caixa especial para

cada espécie de receita e, conseqüentemente, a sua vinculação a uma despesa, com a exclusão, evidentemente, das que originalmente, já fluem vinculadas a objetivos específicos como os convênios e as transferências voluntárias, que, neste caso, constituem as chamadas caixas especiais, como se conceituam também os fundos especiais, de que trata os artigos 71 a 74.

(...)

Desta forma, está clara a exigência da lei, que não se prende à organização administrativa interna da tesouraria da instituição, mas, exclusivamente, a uma forma de gestão financeira, ou seja, a caixa única. A Tesouraria Geral poderá ser organizada da forma como achar melhor a administração da entidade.

(...). Na verdade, o que a lei estabelece pelo artigo comentado é uma forma de gestão de recursos financeiros que, tradicionalmente, é conhecida por Caixa Única e/ou Caixa Geral.

Mas também há de se considerar a organização da gestão financeira das receitas na entidade governamental. É possível, por exemplo, que o comando da gestão financeira das receitas, conforme a lei local, esteja sob a responsabilidade do Poder Executivo. Neste caso, se os demais Poderes arrecadarem receitas em nome da entidade governamental, deverão entregá-las na Tesouraria do Poder Executivo”.

Diante de tudo o quanto anteriormente exposto, pode-se concluir quanto ao segundo questionamento do Consulente, que, em regra, é vedada, por força do Princípio da Unidade de Tesouraria, insculpido nos arts. 2º e 56, da Lei nº 4.320/64, a abertura de caixas especiais para cada espécie de receita, devendo os recursos arrecadados a título de água e esgoto serem recolhidos à conta única do Tesouro Municipal.

É o parecer.

Salvador, 02 de setembro de 2019.

Flávia Lima de Queiroz
Chefe da DACJ