

VII

O uso do FPM – Fundo de Participação dos Municípios como garantia de empréstimos bancários

The use of FPM – Municipal Participation Fund as a guarantee for bank loans

Fernando Facury Scaff¹

Sumário: I. O problema em questão; II. A natureza jurídica da operação de crédito realizada; III. A Liberdade do Legislador Orçamentário; a) A interpretação dos arts. 167, IV e 160, CF.; b) *Garantir não é gastar* e nem vincular receita a órgão ou a fundo; c) A autonomia municipal para uso de recursos *próprios* no oferecimento de *garantias*; d) As receitas transferidas estão afastadas do art. 167, IV, CF.; IV. A ADI 553 e a proibição de vinculação de receita a fundos; V. Como realizar o *empenho* nesses contratos; VI. Sobre o uso de *precatórios*; Conclusões

Resumo: Este texto analisa da possibilidade de os Municípios concederem recursos próprios, transferidos pela União e pelos Estados, através do FPM e de quotas-parte do ICMS, como *garantia* de empréstimos perante instituições financeiras. Analisa os arts. 167, IV e 160, CF e questões relativas à autonomia federativa municipal.

Palavras-Chaves: FPM, vinculação, contrato de mútuo, instituições financeiras

Abstract: This text analyzes the possibility for Municipalities to grant their own resources, transferred by the Union and the States, through the FPM and ICMS quotas, as guarantee for loans to financial institutions. Analyze the arts. 167, IV and 160, CF and issues related to municipal federative autonomy.

Keywords: FPM, financial binding, loan agreement, banking institutions

¹ Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo. Sócio de *Silveira, Athias, Soriano de Mello, Bentes, Lobato & Scaff - Advogados*. Email: fernando.facury.scaff@usp.br

I. O PROBLEMA EM QUESTÃO

01. Este texto analisa a possibilidade de utilização do FPM – Fundo de Participação dos Municípios, bem como de receitas municipais oriundas de transferências do ICMS (previstas nos artigos 158, IV, e 159, I, “b”, “d” e “e”, da Constituição Federal) como *garantia* para obtenção de empréstimos bancários pelos Municípios.

O problema reside em saber se há violação do art. 167, IV e do art. 160, ambos da Constituição, que vedam a utilização da receita de impostos para vinculações, excetuadas as estabelecidas naquelas normas.

Antecipando a conclusão da análise, entende-se que *vincular* se refere ao liame que une uma determinada fonte de receita a um gasto, o que, no art. 167, IV, CF, só existe para gastos com educação e saúde. Ademais, *garantir* não é *pagar*, pois os pagamentos serão realizados através das receitas próprias do Município. *Garantias* são usadas *ex post* e apenas em caso de inadimplência. Além disso, os arts. 167, IV e § 4º, e suas remissões, bem como o art. 160, CF, se referem a operações *interfederativas*, aquelas em que mais de um ente federado participa.

Enfim, observando a autonomia municipal no uso de recursos próprios, constata-se que não há impedimento ao uso desses recursos para oferecimento de garantia a operações de crédito, nos quais o ente federado subnacional apareça como mutuário.

II. A NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO DE CRÉDITO REALIZADA

02. Constata-se que existem requisitos prévios imprescindíveis para a contratação de contratos de mútuo entre um ente federado subnacional e uma instituição financeira, quais sejam: (1) obter autorização para o endividamento junto à Secretaria do Tesouro Nacional; (2) ser expressamente autorizado pelo Poder Legislativo, através de Lei, a se endividar até o montante pretendido; (3) e utilizar o valor de empréstimo no objeto delimitado na autorização legislativa efetuada e na forma e limites autorizados.

Tais contratos de mútuo realizados com Municípios, *após cumpridos os requisitos de Direito Financeiro acima indicados* – que são de ordem pública e dizem respeito ao Direito –, *se configuram como uma operação regulada de forma predominante pelo Direito Privado*, em suas características principais.

E, como regra, são utilizadas como *garantia do adimplemento*, receitas que receberá de forma *transferida* pela União e pelo Estado, representadas, respectivamente, pelas verbas que se constituem como *receitas próprias*, referentes ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e pela *sua quota-parte* no ICMS, as quais podem ser utilizadas dentro de sua *autonomia constitucional* (art. 18, CF), no uso de seus *recursos próprios*.

Observe-se que são receitas *próprias* do Município as que a Constituição (1) lhe atribui o direito de cobrar *diretamente*, exercendo sua competência tributária, (2) e também as receitas *transferidas*, que a União e o Estado lhe repassam, através de mecanismos de federalismo fiscal cooperativo, ínsito ao sistema brasileiro. A somatória desses recursos se caracteriza como *receitas próprias municipais*, que, ao fim e ao cabo, são os mesmos utilizados para *pagar* e para *garantir* as operações de crédito realizadas, conforme será melhor exposto.

03. O tema em questão foi objeto de uma Representação formulada em 2018 pelo Ministério Público no âmbito do Tribunal de Contas da União - TCU (TC 005.218/2018-7), relatada inicialmente pelo Ministro José Múcio, que, após aposentadoria, foi substituído pelo Ministro Raimundo Carreiro, através da qual foi questionada a constitucionalidade das operações de crédito firmadas por entes subnacionais garantidas com recursos dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM) sem aval da União. O foco era a exegese do inciso IV e do § 4º do artigo 167 da Constituição Federal.

Dentre os pedidos formulados buscava-se que o TCU determinasse *cautelamente* que:

- As instituições financeiras controladas pela União se abstivessem de firmar contratos de financiamento com entes subnacionais tendo como garantia a vinculação de receitas de impostos, incluídas as recebidas do FPE e do FPM;
- E que o Banco Central do Brasil informasse a todas as instituições financeiras a impossibilidade de celebração com estados e municípios de operações de crédito tendo por garantia receitas oriundas de impostos, incluídas as recebidas do FPE e do FPM.

Em sua manifestação nos autos, o Banco Central informou que nessas operações de crédito:

a) A inadimplência tem sido da ordem de 0,01%, tendo as garantias sido executadas sem dificuldades na grande maioria dos casos, quando necessário;

b) O nível de comprometimento do fluxo mensal do FPE dos entes subnacionais ante as operações de crédito contratadas junto a instituições do Sistema Financeiro Nacional (SFN) é baixo, sendo, em média, comprometidos cerca de 6% dos recursos dos fundos para o pagamento de operações de crédito.

A decisão do TCU, proferida em 09/10/19, foi no sentido de indeferir os pedidos cautelares formulados, e tão somente recomendar o “acompanhamento dos riscos inerentes ao possível impacto fiscal do conjunto de operações de crédito lastreadas com recursos do FPE e do FPM, rejeitando a tese de inconstitucionalidade do procedimento”.

Nos qualificados debates realizados na Corte de Contas da União o foco foi o de identificar se a “natureza dos recursos do FPE e do FPM após suas respectivas transferências aos cofres das unidades da Federação se mantêm o atributo de impostos ou não”, o que, embora relevante, não parece ser o ponto central do problema a ser analisado, à luz dos elementos do presente caso.

04. No âmbito da AGU – Advocacia Geral da União foi exarado o Parecer GMF 07, datado de 26 de março de 2018, da lavra do Consultor da União André Rufino do Vale e do Consultor Geral da União Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos, que, analisando a matéria, afirmaram:

37. Como bem demonstrado na decisão acima, a retenção de cotas na situação de sua oferta pelos entes subnacionais em garantia de operações de crédito resulta do exercício da *autonomia federativa do ofertante*, mediante a feitura de negócio jurídico autorizado em lei com a instituição financeira eleita.

46. A adoção de medidas que na prática se traduzam em vedação de acesso ao crédito pelos entes subnacionais, sem amparo no texto constitucional, geraria uma situação de desequilíbrio federativo igualmente não desejável, *ofensiva à organização político-administrativa assegurada no art. 18 da Constituição*, comprometendo, inclusive, o princípio da segurança jurídica e o seu corolário do ato jurídico perfeito. (grifos apostos)

05. Embora semelhante o debate, não se trata de questão idêntica à que ora se analisa, pois seu foco foram as operações de créditos inter-

federativas, aquelas que ocorrem com uma *contragarantia* financeira da União.

De fato, entende-se que a solução da questão ora sob análise, que envolve instituição financeira e o oferecimento de garantia por parte de ente federado municipal passa pela interpretação de diferentes pontos:

- 1) Identificação do que seja *vinculação* para fins de Direito Financeiro, e diferenciá-la do conceito de *garantias*, ambas previstas em diferentes artigos da Constituição, em especial no art. 167, IV;
- 2) Distinguir o que é *pagamento* da dívida contraída através de contratos de mútuo, do que é *garantia* ofertada para pagamento da dívida, pois se constituem diferentes institutos, com diferentes alcances, sendo que, na última *ratio*, são os mesmos recursos a serem utilizados tanto para *pagar* quanto para *garantir* o empréstimo obtido;
- 3) Distinguir no ordenamento jurídico referente à matéria, o que se refere à dívida *interfederativa*, e o que é *dívida de mercado*, na qual não há participação cruzada entre os entes políticos federados; e
- 4) O respeito à autonomia federativa do ente político, no uso de seus recursos próprios.

III. A LIBERDADE DO LEGISLADOR ORÇAMENTÁRIO

III.a) A interpretação dos arts. 167, IV e 160, CF

06. O deslinde do problema passa pela compreensão dos conceitos de *vinculação* e de *garantia* que são mencionados na Constituição Federal no art. 167, IV (o qual faz remissão ao seu próprio § 4º e ao art. 165, § 8º), bem como no art. 160.

07. Inicia-se a análise pelo art. 167, CF, que prescreve:

Art. 167. São vedados:

IV - A *vinculação* de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, *ressalvada* 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; (grifos apostos).

Os grifos acima lançados na transcrição do art. 167, IV, CF, apontam desde logo para dois institutos diferentes: (1) vinculação e (2) prestação de garantias, dentre outros².

A referida norma, para ser bem compreendida, deve ser lida de modo fracionado, dividida em diferentes partes, assim:

- 1) É vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa;
- 2) Ressalvadas:
 - a. A repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159;
 - b. A destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, (como determinado) pelo art. 198, § 2º; e (a destinação de recursos) para manutenção e desenvolvimento do ensino (como determinado) pelo art. 212;
 - c. (A destinação de recursos) para realização de atividades da administração tributária, como determinado, pelo art. 37, XXII;
 - d. 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.

Na primeira parte da norma está afirmado o que se denomina *Liberdade do Legislador Orçamentário*, conhecido também pelo nome de *não-afetação*, pois consagra que o legislador eleito possa dispor de toda a massa de recursos arrecadados para fazer frente ao plano de governo e às políticas públicas com as quais se comprometeu durante a campanha eleitoral. Exatamente por isso é que tais recursos *não são afetados a despesas específicas*, devendo a receita estar liberada para a execução dos planos de governo dos representantes eleitos.

Há um sentido de *proteção financeira intergeracional* nesse dispositivo, conforme consta expressamente no seguinte trecho que une o *caput* à primeira frase do inciso IV (“São vedados a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa”).

2 Esta distinção foi exposta com maior detalhamento na obra: SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

Este mesmo inciso consagra *exceções*, determinadas pelo vocábulo “*ressalvadas*”, constante do texto. Tais ressalvas demonstram que a *Liberdade do Legislador Orçamentário* não é completa, pois existem algumas despesas que devem ter fonte específica de financiamento, motivo pelo qual se tornam *vinculadas*.

Nas *vinculações*, há um *liame* que *une* uma fonte de receita e uma específica espécie de gasto público, na qual tais recursos obrigatoriamente devem ser despendidos – é o caso dos setores de *educação* e de *saúde*.

Adiante retornaremos a este ponto. Por ora, analisemos as *exceções* referidas na norma.

08. Constam as seguintes exceções no art. 167, IV, CF, *observando desde já que nem todas se caracterizam como “vinculações” no exato sentido técnico da palavra*, conforme se demonstra:

a) *A primeira das exceções* diz respeito à frase: *ressalvadas “a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159”*, que, a rigor, se refere às transferências intergovernamentais, entregues pela União aos Estados e aos Municípios, através dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM), que se constituem em uma das características do *federalismo fiscal brasileiro*.

Na verdade, não se trata de uma *vinculação*, mas da reafirmação de uma destinação de recursos, *ínsita ao modelo federativo brasileiro*, os quais se tornam de uso *livre* ao serem recebidos pelos entes federados intermediários (Estados) e locais (Municípios), e comporão a *Liberdade do Legislador Orçamentário* desses entes políticos, pois se constituem como suas *receitas próprias*.

b) *A segunda exceção* trata da “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”.

i. Aqui se verifica uma *vinculação* de recursos para o financiamento da saúde e da educação, conforme determinado pelo art. 198, § 2º e pelo art. 212, CF;

ii. E, embora no mesmo contexto, sem se caracterizar como uma *vinculação*, se verifica uma *recomendação de pri-*

oridade no que se refere à “realização de atividades da administração tributária, como determinado”, pelo art. 37, XXII”

Qual a diferença entre estes dois institutos, o da *vinculação* e o do *privilegiamento* financeiro?

1. No primeiro, onde se identifica uma *vinculação*, há um *liame* que une uma fonte de receita e uma específica espécie de gasto público, na qual tais recursos obrigatoriamente devem ser despendidos– como se vê para *educação* e *saúde*;

2. No segundo *não* se identifica uma *vinculação*, pois a norma referida, o art. 37, XXII, CF,³ apenas aponta uma espécie de *prioridade* na alocação de recursos, ao mencionar que “as administrações tributárias (...) terão recursos *prioritários* para a realização de suas atividades...”.

Logo, aqui não há uma *vinculação* por *carência de liame financeiro entre receita e despesa específicas*, havendo apenas uma *recomendação de priorização* dessas atividades em face das demais, por não haver *uma fonte específica de recursos* para financiar estas atividades de administração tributária. Não há *liame* entre *receita* e *despesa*.

09. Todavia, não são apenas estas as exceções constantes do art. 167, IV, CF. O texto prossegue ressaltando *as garantias*, isto é, *permitindo que elas sejam prestadas nas operações de crédito que forem realizadas*, isto é, a *outra exceção*:

1. *Permite* “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”.

Antes mesmo de analisar as duas *remissões normativas* (art. 167, § 4º e art. 165, § 8º, CF), deve-se observar que *é permitido* o oferecimento de *garantias* nas operações realizadas através de *antecipação de receita orçamentária*, pois estas se caracterizam como operação financeira de *hot money*, aquele valor que se obtém para pagamento em curto prazo, o que é característico das operações de ARO – Anteci-

3 Art. 37, XXII: “As administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio”.

pação de Receita Orçamentária, *rigidamente* reguladas pelo art. 38 da Lei de Responsabilidade Fiscal⁴, e tratadas de modo interfederativo pelos arts. 167, IV e § 4º, e art. 160, CF.

Embora importante, esta ressalva não esgota a análise em apreço, pois, o que se analisa é uma operação de crédito de *longo prazo*, que nada tem a ver com as operações de *antecipação de receita* previstas no art. 38 da LRF, que, em seu texto, as conceitua como aquelas destinadas a atender insuficiência de caixa *durante o exercício financeiro* e cumprirá as exigências mencionadas no art. 32, dentre outras.

A questão que remanesce, e que será analisada adiante, é: *A Constituição permite o oferecimento de garantias em operações financeiras* que (1) não se caracterizam como antecipação de receita orçamentária e (2) que não se refiram a operações interfederativas, (3) realizada através de recursos próprios? Este é o problema a ser enfrentado.

10. O que dizem as duas remissões efetuadas pela parte final do art. 167, IV, ora sob análise?

1ª) *Art. 167, § 4º, CF*⁵: É translúcida a constatação que tal norma se refere a operações entre a União e os demais entes federados, permitindo que os recursos mencionados sejam utilizados para pagamento de débitos destes para com a União e para prestar-lhe garantia ou contragarantia.

Logo, o texto *não* diz respeito ao caso em apreço, pois o que se analisa *não* se refere a uma operação de financiamento *interfederativo*, como seria entre a União e o Município. Isso se

4 LRF, art. 38: A operação de crédito por antecipação de receita destina-se a atender insuficiência de caixa durante o exercício financeiro e cumprirá as exigências mencionadas no art. 32 e mais as seguintes: I - realizar-se-á somente a partir do décimo dia do início do exercício; II - deverá ser liquidada, com juros e outros encargos incidentes, até o dia dez de dezembro de cada ano; III - não será autorizada se forem cobrados outros encargos que não a taxa de juros da operação, obrigatoriamente prefixada ou indexada à taxa básica financeira, ou à que vier a esta substituir; IV - estará proibida: a) enquanto existir operação anterior da mesma natureza não integralmente resgatada; b) no último ano de mandato do Presidente, Governador ou Prefeito Municipal.

5 Art. 167, § 4º: É permitida a vinculação das receitas a que se referem os arts. 155, 156, 157, 158 e as alíneas “a”, “b”, “d” e “e” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159 desta Constituição para pagamento de débitos com a União e para prestar-lhe garantia ou contragarantia.

denota nas expressões “para pagamento de débitos com a União” e “para prestação de garantia e contragarantia” pela União.

No caso, se analisa um contrato de financiamento entre um banco e um Município – *portanto, a norma do art. 167, § 4º, CF, é inaplicável à espécie.*

2ª) O art. 165, § 8º, CF⁶- Prevê o Princípio da Exclusividade da Lei Orçamentária, determinando que ela não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa.

Trata-se de dispositivo que indica a possibilidade de serem incluídas as operações de crédito no orçamento, mesmo aquelas “por antecipação de receita”, nos termos da lei. Aspecto irrelevante na análise do caso em apreço.

11. O outro dispositivo constitucional a ser analisado, e que diz respeito às operações de garantia e contragarantia, consta do art. 160, *literis*:

Art. 160. É vedada a *retenção* ou *qualquer restrição* à entrega e ao *emprego* dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo *não impede a União e os Estados* de condicionarem a entrega de recursos:

I - Ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;

II - Ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

Aqui a situação é ainda mais nítida, pois a norma indubitavelmente se refere às *relações interfederativas*, nas quais deve constar obrigatoriamente um dos entes políticos como *transferidor* dos recursos, notadamente a União (que é o *sujeito oculto* da frase), podendo ser também os Estados, e como *receptores* os Municípios, podendo ser também os Estados, quando o transferidor for a União. *Só quem transfere é que pode reter ou restringir a entrega ou criar embaraço ao emprego dos recursos pelos entes receptores da transferência.*

6 Art. 165, § 8º - “A lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.”

Essa norma foi inserida no texto originário da Constituição, sob outra redação, com o intuito expresso de afastar práticas muito usuais do regime militar precedente, que muitas vezes, sem amparo normativo, bloqueava tais transferências *intergovernamentais*, isto é, *entre diferentes níveis de governo*, se caracterizando como uma norma que preside tais movimentações de recursos *entre governos* – leia-se: entre os entes políticos federados.

O artigo passou a ter a redação atual, acima transcrita, em decorrência da enorme crise política ocorrida no início deste século entre a União, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, e o Estado de Minas Gerais, então governado por Itamar Franco, acerca da dívida *interfederativa*. A partir de então passou a ser permitido o bloqueio pelo ente político *transferidor* ao ente político que recebe as verbas *transferidas*, em determinadas situações.⁷

Ressalte-se que a norma permanece regulando as relações *interfederativas*, *jamaís tendo se referido às relações de cada ente político com o mercado, utilizando suas receitas próprias, ao exercer sua autonomia constitucional* – aspecto *relevantíssimo para a análise presente*.

III.b) Garantir não é gastar, e nem vincular receita a órgão ou a fundo

12. Afastadas as *exceções* e as *remissões* constantes do art. 167, IV, bem como analisado o art. 160, todos da CF, é necessário retornar à regra geral, da *Liberdade do Legislador Orçamentário*, constante da primeira parte do preceito, para afirmar que:

- 1^a) Por um lado, *garantir não é gastar, despende, realizar despesas*. Não há, no caso em apreço, vinculação de receita de impostos *nem a órgão, nem a fundo e muito menos a despesas*;
- 2^a) Oferecer *garantia* não se configura *vinculação*, no sentido técnico da palavra, que é um *liame* entre uma determinada fonte de receita a um específico órgão, fundo ou despesa;
- 3^a) *Garantir não é pagar*. Não há uma *despesa* vinculada ao pagamento de um débito, mas uma *garantia*.

Garantir, no sentido técnico de operações de crédito, significa propiciar maior segurança ao credor ou eliminar risco

⁷ Ver FONSECA, Rafael Campos Soares da. *Judicialização da Dívida Pública Federativa no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

existente em sua posição. *O pagamento* na operação sob análise é assegurado pelo *empenho*, sendo a utilização da *garantia* um reforço *colateral* na operação, a ser utilizada em caso de inadimplência.

4^a) A *despesa*, na operação sob análise, ocorrerá através de (a) receitas próprias do ente político *Município*, (b) que serão empenhadas (art. 58, Lei 4.320/64⁸), (c) no âmbito de sua autonomia federativa (art. 18, CF);

Nesse sentido, não está sendo criada uma *vinculação* para o *pagamento* de uma *despesa corrente* (pagamento da dívida), pois será *paga* por meio de *receitas municipais*, devidamente *empenhadas*, no âmbito de sua autonomia federativa.

Oferecer uma *garantia* significa que ela só será utilizada se a *fonte* das *receitas próprias secara* tal ponto que os compromissos assumidos e assegurados pelo empenho não puderem ser realizados. Logo, no caso, não está sendo criada uma *vinculação (liame)* que una uma *receita* a uma *despesa*, pois estas (despesas) estão asseguradas pelo *empenho*, que só pode ser *desonrado*, se a *fonte* de recursos *secar* – hipótese cerebrina, jamais ocorrida, equivalente à completa exaustão das receitas, o que o *federalismo cooperativo brasileiro* não admite. Não há *falência de ente público* no Brasil – diversamente do que ocorre em outros países, como nos EUA.

Apenas nesta hipótese *teórica*, é que o *colateral garantidor* será utilizado. Porém, mesmo neste caso, não se há de falar em *vinculação* de uma *receita* a uma *despesa* – pois estas, repete-se, serão pagas através de receitas próprias, servindo a *garantia* apenas como um *apêndice* do *pagamento* – e que são oriundas da mesma *fonte de receita*.

Portanto, *ultrapassados os requisitos de Direito Financeiro*, que devem ser integralmente cumpridos, tais contratos são regidos de forma predominante pelas normas de Direito Privado, não havendo na situação sob análise nenhuma norma que impeça o oferecimento de *garantia* pelo Município decorrente do FPM ou de *suas* quotas-parte no ICMS, pois se trata de *receita própria*, a despeito de ser transferida

8 Lei 4.320/64, Art. 58: O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implementação de condição.

pelos entes políticos União e Estado, dentro do sistema de federalismo fiscal cooperativo brasileiro.

O que se verifica é o uso desses recursos como *garantia de um contrato de mútuo de dinheiro*, através do qual são utilizados *recursos próprios* do ente político Município para garantir a operação financeira, no âmbito de sua autonomia federativa, realizando operações *de mercado*. *O uso da expressão vinculação, no caso em apreço, está sendo empregado em sentido lato, atécnico.*

13. Através do *pagamento* se quita, de forma parcial ou total, a dívida contraída, cujo objeto contratado foi entregue *antecipadamente*. Para os pagamentos no setor público é necessário que haja *empenho*, na forma e prazos estabelecidos, que devem ser consentâneos com o início do desembolso pelo ente público. Logo, *in casu*, o *empenho*, e o conseqüente *pagamento*, devem ser realizados *após* o prazo de carência eventualmente estabelecido, por exemplo, de 48 meses –, respeitado o pagamento dos *juros*, dentro desse período.

Por outro lado, a *garantia financeira* tem a função explícita de suportar eventual inadimplência contratual, na forma e prazos contratados. Como os contratos de mútuo de dinheiro, possuem a característica de entrega *antecipada* dos valores pelo mutuante (entidade financeira) ao mutuário (Município), o que resta de compromisso é o *pagamento* do mútuo, jamais a discussão da entrega dos valores contratados, pois esta, como referido, é antecipada ao Poder Público em face da característica do contrato adotado.

Seria de um formalismo ímpar considerar que *as mesmas verbas* que serão utilizadas para *pagamento* não possam ser utilizadas para *garantir* a dívida em caso de inadimplência.

14. *Garantia* corresponde ao que Pontes de Miranda denomina de *prestação de segurança*, isto é, “o reforçamento de algum direito, ordinariamente crédito”, e a caracteriza como “segurança consignativa ou simplesmente *consignação* (não se há de confundir com a *consignação* em pagamento) que é a prestação de garantia”.

E adverte: “*a consignação em segurança garante, não solve*. O devedor pode solver a dívida; o credor pode remitir o crédito, transfe-

ri-lo – a consignação não libera, somente garante. No direito brasileiro, tal consignação não dá ao credor direito de penhor.”⁹

Orlando Gomes¹⁰leciona que existem contratos principais e acessórios, existindo contratos que dependem da existência de outros. “A função predominante dos contratos acessórios é garantir o cumprimento de obrigações contraídas em contrato principal, como o penhor, a anticrese, a hipoteca, a fiança e a caução, mas não são apenas acessórios os contratos de garantia, senão todos os que têm como pressuposto outro contrato”.

Para Carlos Alberto Gonçalves¹¹, “o contrato de financiamento pode vir conjugado a outras operações acessórias, sendo a mais comum o mandato, para que o banco represente o financiado junto a devedores deste. O banco financiador cobrará do financiado uma taxa a título de execução do mandato. É também chamado de adiantamento, porque o banco antecipa numerário sobre créditos que o cliente, pessoa física ou jurídica, possa ter”.

Destaca-se ainda comentário de Wagner Barreira, afirmando que o contrato de garantia tem natureza acessória, pois, “na verdade, o vínculo que elas criam, não pode existir autônoma ou independentemente. Pressupõe, pelo contrário, a existência de uma relação anterior.”¹²

A própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 29, IV, conceitua: “concessão de garantia: compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada”, o que não possui correlação com a situação em apreço.

Repete-se: não tem cabimento cogitar que, as mesmas verbas utilizadas para *pagamento* não possam ser utilizadas para *garantir* a dívida em caso de inadimplência. Registre-se ainda que não se está defronte a uma questão de dívida *interfederativa* e muito menos de *garantias ou contragarantias interfederativas*. A situação sob análise

9 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, tomo XXII*. Atualizado por Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 396/397.

10 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 93.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Coleção Direito civil brasileiro - Contratos e atos unilaterais*, 17^a ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020, v. 3, p. 668.

12 BARREIRA, Wagner. Garantia Fidejussória. Verbete. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, s/d, vol. 39, p. 351.

diz respeito a operações que, cumpridos e ultrapassados os requisitos de Direito Financeiro (Direito Público) se regem *predominantemente* pelas normas de Direito Privado.

Logo, o *pagamento* (momento de adimplência *future* das parcelas contratadas, referente aos valores entregues no *passado* pela instituição financeira) será realizado através das *mesmas receitas próprias* que servem para *garantir* o adimplemento dessas parcelas.

Considerar que estas receitas – as mesmas – podem servir para *pagar* e não servir para *garantir* é jogar por terra qualquer possibilidade de interpretação razoável da Constituição, contrariando aquilo que o Ministro Eros Grau afirmou na ADPF 101 sobre o processo de exegese do Direito:

Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas. (grifos apostos)

III.c) A autonomia municipal no uso de recursos *próprios*

15. Os recursos próprios de cada ente político federado brasileiro são determinados por dois tipos de fórmulas financeiras, fruto do federalismo *cooperativo*:

- 1) Regras de competência impositiva própria, que correspondem aos *tributos cobrados diretamente*; e
- 2) Regras de rateio do produto arrecadado, que correspondem às *receitas transferidas*.

As regras de *competência federativa* são mais facilmente compreendidas pela análise dos artigos 153, 155 e 156 da Constituição, que preveem a *possibilidade de cobrança dos seguintes tributos*:

- a) *Art. 153, CF*: Competência impositiva da União para instituir e arrecadar imposto sobre a renda, imposto sobre importação e sobre a exportação, IOF, IPI, ITR, imposto sobre grandes fortunas, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios, contribuições diversas e contribuições sociais. Há ainda a competência para a imposição de impostos extraordinários e a competência residual (art. 154, CF).
- b) *Art. 155, CF*: Competência impositiva dos Estados e do Distrito Federal para instituir e arrecadar ICMS, IPVA e ITCMD, taxas, contribuições de melhoria e contribuições previdenciárias de seus servidores; e

c) *Art. 156, CF*: Competência impositiva dos Municípios e do Distrito Federal para arrecadar IPTU, ISS e ITBI, taxas, contribuições de melhoria e contribuições previdenciárias de seus servidores.

Existem ainda as regras *de rateio do montante arrecadado*, pelas quais uma parte do que é arrecadado por um ente político é *obrigatoriamente transferida* a outros entes federados. Apenas a título de exemplo, relacionam-se:

a) *Art. 159, I, "a", CF*: Fundo de Participação dos Estados, de caráter *redistributivo*, com verba oriunda da arrecadação do IPI e do IR;

b) *Art. 159, I, "b", CF*: Fundo de Participação dos Municípios, também de caráter *redistributivo*, com verba oriunda da arrecadação do IPI e do IR;

c) *Art. 158, IV, CF*: De caráter *redistributivo*, que os Estados distribuem aos Municípios, referentes à *quota-parte* de cada qual na arrecadação do ICMS;

d) *Art. 158, III, CF*: Referente ao rateio de IPVA, com distribuição direta aos Municípios onde cada veículo for licenciado.

Os exemplos deste segundo grupo poderiam se multiplicar, mas os que foram apresentados demonstram que as receitas *próprias* de cada ente federado são compostas pelo conjunto dos dois instrumentos arrecadatórios acima descritos: (1) o referente às *competências impositivas próprias*, e (2) somado ao que se refere às receitas *transferidas* em razão de critérios *interfederativos*.

16. Aqui se verifica a questão da *autonomia* de cada ente político da federação brasileira, princípio constitucional, que se identifica desde o art. 1º, CF¹³, sendo asseverada no art. 18 de nossa Carta¹⁴ e discriminada em seu art. 30, *litteris*:

Art. 30. Compete aos Municípios:

13 CF, art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ...

14 CF art. 18: A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

III. instituir e arrecadar os tributos de sua competência, *bem como aplicar suas rendas*, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; (grifos apostos)

Não há sombra de dúvidas de que a autonomia municipal é um princípio constitucional, ínsito ao federalismo brasileiro, que contemplou o Município como ente político federado que possui *autonomia* “para instituir e arrecadar os tributos de sua competência”, mas também para a *realização dos seus gastos*, o que se destaca na expressão: “*bem como aplicar suas rendas*”.

Regis Fernandes de Oliveira¹⁵, ao comentar sobre o federalismo brasileiro, assinala como uma de suas características o fato de os entes políticos serem autônomos, isto é:

Têm eles o direito de regular seus próprios interesses, mediante normas jurídicas por eles próprios editadas. *Gozam de competência legislativa e, pois, política própria. Ademais, têm previstos os serviços que devem prestar. De seu turno, não lhes basta cuidar de seus próprios interesses e terem seus próprios serviços. Imprescindível é que possuam receitas suficientes e próprias para buscarem cumprir as finalidades previstas no texto solene da Constituição.* (grifos apostos)

O STF, em decisão proferida na ACO 3.333, em 24/05/21, através do voto do Ministro relator, Gilmar Mendes, afirmou que:

A Federação tem como um de seus elementos estruturantes o reconhecimento de autonomia política aos entes subnacionais. *E não há autonomia real sem autonomia financeira, isto é, os estados e os municípios precisam dispor de recursos próprios e suficientes para fazer frente aos seus misteres institucionais.*

(...)

De nada adianta o zelo na partilha de competências constitucionais entre os diversos entes federativos, se essa repartição não for acompanhada da divisão de recursos próprios e suficientes para fazer frente as diversas tarefas que lhes foram conferidas pelo Poder Constituinte. As competências constitucio-

15 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 104.

nais esvaziam-se sem as condições materiais para o seu exercício. (grifos apostos)

A Constituição assegura a autonomia municipal como um princípio, atribuindo receitas próprias aos Municípios, e permitindo que, com elas, exerça as funções que lhe foram atribuídas pelos constituintes.

17. É através dos *empréstimos* que se pode realizar os *investimentos públicos*. Como qualquer operação de crédito, os empréstimos públicos têm um caráter *intertemporal*.

De fato, os investimentos poderiam ser custeados através de receitas tributárias *correntes* (isto é, *usuais* ou *rotineiras*), porém isso acarretaria pelo menos dois problemas: (1) as obras demorariam muito a serem iniciadas e concluídas, pois dependeriam de recursos poupados ou retirados dos gastos correntes, sobrando apenas uma pequena fração para a gama de investimentos necessários, cuja execução se prolongaria ao longo do tempo; e (2) haveria muita incerteza quanto à fonte de financiamento, pois as receitas tributárias podem variar no tempo, e os diversos governos poderiam estabelecer diferentes prioridades, diversas daquelas que ensejaram a realização do investimento em curso. Estes dois fatores acarretariam *aumento de custos*, em face da *incerteza na manutenção do fluxo de pagamento* ao longo dos anos e da mudança de prioridades.

Logo, o usual é *antecipar no tempo* o financiamento necessário para o investimento a ser realizado, fazendo-o através de *empréstimos*, pois estes são disponibilizados *de imediato*, para pagamento *diferido* – o que deve ocorrer através de receitas tributárias. Ou seja, *o pagamento do empréstimo se dá através das receitas tributárias correntes, mas não são diretamente financiados por estas, mas intermediados pela dívida contratada*. Exatamente por isso que se costuma dizer que *a dívida pública é a contrapartida da antecipação dos tributos, pois se compromete hoje uma parte da arrecadação tributária futura, com o pagamento do empréstimo já obtido*.

Aliomar Baleeiro¹⁶ aponta com precisão a característica *intertemporal* das dívidas públicas, que devem ter por base *despesas de capital*, afirmando:

16 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 475 e 477

O *crédito público* (é) um processo de *repartição de encargos governamentais no tempo*, em contraste com a *tributação*, que divide os mesmos gravames apenas *entre indivíduos e classes do presente*.

(...)

A *dívida pública* havia de ser reservada aos investimentos *duráveis, que concretizam capital fixo e útil a ser legado aos vindouros*. Estradas de ferro ou de rodagem, canais, portos equipados, fortificações, a utensilagem material dos transportes e comunicações ou, então, os investimentos reprodutivos, isto é, autoliquidáveis do patrimônio público, constituíam o campo legítimo de aplicação dos empréstimos.

(...)

O *empréstimo e o imposto, como processos de repartição do custo do funcionamento do governo, não são bons ou maus, como fim em si mesmo, mas simples meios de ação* de acordo com o rendimento ótimo, bom, sofrível ou péssimo da política e da Administração. (grifos e parêntesis apostos)

Para que não haja empréstimos para a realização de *despesas correntes* – leia-se: despesas usuais, de manutenção da máquina administrativa – é que a Constituição instituiu a *regra de ouro*, inserindo-a no art. 167, III, que veda “a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital”.

III.d) As receitas transferidas estão afastadas das limitações do art. 167, IV, CF

18. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que não há ofensa ao art. 167, IV da CF quando o Município utiliza receita *transferida* de ICMS para liquidação de débitos, uma vez que a vinculação vedada pelo texto constitucional diz respeito exclusivamente a *impostos próprios* (leia-se: *impostos arrecadados diretamente*) pelo ente.

Rel. Min. Marco Aurélio:

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 184.116, Segunda Turma, DJ 16.2.2001).

Rel. Min. Cármen Lúcia:

Recurso Extraordinário. Constitucional e Tributário. Possibilidade de repasse de verbas do ICMS para pagamento de débito de energia elétrica pelo Município à concessionária. Precedente. Recurso provido. (...)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a Constituição da República *não proíbe que os Municípios vinculem as verbas, decorrentes de sua participação no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS*, ao pagamento de débitos com a Companhia Estadual de Energia Elétrica. (RE 460.345, DJ 16/12/2009)

Neste mesmo sentido, vê-se o AC 421-MC – STF – Rel. Min. Celso de Mello, dentre vários.

19. Outros Tribunais seguem o entendimento consolidado do STF, no sentido de que a vedação da vinculação veiculada no art. 167, IV da CF é de *impostos próprios*, o que afasta sua incidência para as receitas *transferidas*, como é o caso da quota parte do ICMS no âmbito dos Municípios.

Em caso praticamente idêntico ao ora analisado, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento a uma Ação Popular que objetivava a declaração de nulidade de contrato de operação de crédito em que o Município de Canoas vinculou como garantia da operação receitas de ICMS:

Remessa Necessária nº 5001774-34.2020.4.04.7112 – TRF4 – Decisão Monocrática Rel. Des. Ricardo Teixeira Do Valle Pereira:

Trata-se de ação popular movida por André Tadeu da Mota Florêncio em face do Município de Canoas/RS, e da Caixa Econômica Federal - CEF, objetivando a declaração de nulidade do Contrato de Financiamento nº 0521827-22, proveniente da Lei Municipal nº 6.243/2019, bem como a declaração incidental de inconstitucionalidade material da citada lei, que autorizou o Município de Canoas a contratar operação de crédito com a Caixa Econômica Federal, vinculando como garantia receitas futuras de impostos.

(...)

Está a suma. Passo a decidir.

(...)

Conforme bem pontuado na decisão citada, e em consonância com a decisão proferida no evento 17, o art. 167, IV, da Constituição Federal veda, de forma geral, a vinculação de

receitas de impostos a órgão, fundo ou despesa, mas ressalva as cotas de participação dos Municípios nos impostos da União e dos Estados, o que inclui as quotas do ICMS e do Fundo de Participação dos Municípios (arts. 158 e 159 da CF/88).

Ou seja, o que a Constituição proíbe é a vinculação da receita de impostos de competência tributária própria dos Municípios, permitindo expressamente, por outro lado, a vinculação de receitas provenientes da repartição constitucional de impostos de competência dos demais Entes Federativos (o que abrange as quotas do ICMS e do FPM), entre outras situações igualmente permissivas.

(...)

Ademais, a leitura atenta do dispositivo impugnado da lei municipal mostra que, na verdade, ele não estabelece a vinculação das receitas de Quotas de Participação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS; e das receitas de Quotas do Fundo de Participação dos Municípios - FPM. Apenas autoriza o Executivo Municipal a utilizar a receita desses recursos como garantia ao pagamento do principal, juros, tarifas bancárias e outros encargos da operação de crédito contratada com a Caixa. Não há vinculação propriamente dita, porque os recursos não estão predeterminados para serem utilizados no pagamento do financiamento contratado pelo Município.

(...)

Além disso, o Autor não apontou concretamente nenhum ato lesivo ao patrimônio público em decorrência da operação de crédito contratada pelo Município de Canoas com a Caixa. Pelo contrário, o que se tem nos autos é que a operação visa a melhorar a malha viária do Município e já está em curso desde agosto de 2019, não havendo motivos para anular o contrato, sobretudo porque inócua a vinculação de receitas de impostos à operação de crédito, conforme discorrido nesta decisão. *Face ao exposto, tenho por rejeitar a pretensão externada na Inicial.* (Remessa Necessária 5001774-34.2020.4.04.7112, Rel. Des. Ricardo Teixeira Do Valle Pereira, julgado em 06/06/2021)

O mesmo sentido pode ser encontrado no Acórdão proferido pelo *Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, na

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70081855421 – TJRS – Rel. Des. Francisco José Moesch:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.951/2019, do Município de Sapucaia do Sul. Preliminar de Ilegitimidade Ativa. Superada. Arguição de impossibilidade jurídica do pedido. Rejeitada. Mérito. Inconstitucionalidade material não verificada. Violação do Princípio da Não Vinculação de receitas de impostos. Lei meramente autorizativa. Art. 167, IV e § 4º, da CF/88. Art. 154, IV e § 5º, da CE/89.

I. Lei Municipal nº 3.951/2019, do Município de Sapucaia do Sul, que autoriza o Poder Executivo a contratar operação de crédito com a Caixa Econômica Federal. *Autoriza, como forma de pagamento da operação de crédito, a utilização de receita tributária municipal, inclusive, quota-parte de repasse de ICMS e do Fundo de Participação dos Municípios.*

IV. *A Lei Municipal nº 3.951/2019 não oferece as receitas dos repasses como garantia vinculada ao contrato de crédito, mas, sim autoriza a Municipalidade a utilizar esses valores para amortizar a dívida. O que a CF/88 e a CE/89 vedam é a vinculação, ou seja, a imposição de destinação específica, obrigatória e pré-ordenada para a receita futura.* A Lei em comento apenas autoriza o Executivo Municipal a utilizar a receita. Não vincula, não afeta, não obriga, não impõe. Ausente inconstitucionalidade material. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. Unânime. (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70081855421, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em: 09-12-2019)

Logo, vê-se que é pacífica em diversos Tribunais a distinção acima efetuada entre receita arrecadada diretamente pelo ente federado (*impostos próprios*) e a receita *transferida* pelos demais entes, *afastando* destas a vedação imposta pelo art. 167, IV, CF.

IV. A ADI 553E A PROIBIÇÃO DE VINCULAÇÃO DE RECEITA A FUNDOS

20. Deve-se ainda analisar sobre a matéria a possível correlação com a ADI nº 553-RJ, em que foi relatora a Ministra Cármen Lúcia, julgada em 13/06/2018, que diz respeito à vinculação que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro havia trazido em suas Disposições Transitórias, criando um Fundo de Desenvolvimento Econômico, voltado para o

apoio e estímulo de projetos de investimentos industriais prioritários do Estado, vinculando “recursos de, no mínimo, 10% do total anualmente transferido para o Estado, proveniente do Fundo de Participação dos Estados, previsto no artigo 159, inciso I, letra ‘a’, da Constituição da República, dos quais 20% (vinte por cento) se destinarão a projetos de microempresas e de empresas de pequeno porte”.

A decisão do STF foi no sentido de “serem inconstitucionais as normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, por desrespeitarem a vedação contida no art. 167, inc. IV, da Constituição da República”, embora a norma, por ser transitória, já tivesse seus efeitos escoados no tempo, o que prejudicou a análise do mérito.

O caso *não* é paradigmático à análise em questão, pois *não há, na hipótese sob análise neste texto, a criação de um Fundo, que seria alimentado com tais receitas*, o que feriria o Princípio da Liberdade do Legislador Orçamentário, já exposto.

A situação sob análise *não vincula* no sentido técnico do Direito Financeiro, de criar um liame entre receitas e despesas, como era a proposta do Estado do Rio de Janeiro. No caso constata-se uma *garantia* financeira, o que é completamente diverso, pois será utilizada apenas em caso de inadimplência – trata-se de um contrato colateral, a ser usado com base nos mesmos recursos, e que se constitui em uma hipótese excepcional em contratos de mútuo de dinheiro, cujo objeto já foi cumprido pelo mutuante.

No caso da criação de um Fundo, haveria uma *vinculação* para *gastos futuros*, sendo que, no caso da *garantia*, ora presente, trata-se apenas de uma *medida assecuratória de um direito, cujo objeto principal se realizou no passado, pois, nos contratos de mútuo de dinheiro, o montante já foi entregue ao mutuário (Município) pelo mutuante (instituição financeira), e os pagamentos são diferidos no tempo – estes pagamentos, referentes a um objeto já entregue ao Poder Público, é que serão garantidos pela mesma fonte de recursos utilizada para o pagamento das parcelas*.

A linha de raciocínio que embasou o acórdão do STF na ADI 553 está voltada aos arts. 71 e 73 da Lei 4.320/64, que estabelece *vinculação dos saldos para o futuro*, violando a Liberdade do Legislador Orçamentário (art. 167, IV, primeira parte, CF):

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determina-

dos objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, *o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.* (grifos apostos)

Logo, são institutos jusfinanceiros diferentes (vinculação *versus* garantia), que apontam para momentos temporais distintos (*fundo*, com efeitos futuros *versus* garantia, com efeitos *assecuratórios* de pagamentos *futuros*, em parcelas, de um montante já entregue no *passado*), o que afasta efeitos paradigmáticos ao acórdão referido.

V. COMO REALIZAR O EMPENHO NESSES CONTRATOS

21. *Empenho*, como referido, é o ato administrativo financeiro através do qual se reservam valores para pagamento das despesas, sob condição de implementação contratual.¹⁷ Trata-se de uma espécie de “reserva de valor” efetuado pelo Poder Público para custear os pagamentos decorrentes de uma contratação.

Pelo lado do Poder Público, esta reserva de valor denominada *empenho*, que é necessária à contabilização de todos os gastos, permite *adequado planejamento e controle financeiro*, pois segrega os recursos para pagamento e liberação tão logo as condições contratadas sejam implementadas, o que é atestado através de um ato financeiro denominado *liquidação*¹⁸, que nada mais é do que a confirmação de que as condições contratadas foram cumpridas.

Pelo lado do contratante, o *empenho* traz *segurança jurídica*, pois indica que o montante contratado foi reservado para pagamento, e que, uma vez realizado o serviço, ou entregue o bem objeto do con-

17 Lei 4.320/64, Art. 58: O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implementação de condição.

18 Lei 4.320/64: Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. § 1º Essa verificação tem por fim apurar: I - a origem e o objeto do que se deve pagar; II - a importância exata a pagar; III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

trato, o valor será pago. Trata-se de uma espécie de *garantia* de que existe dinheiro para pagamento do que foi contratado e, mais ainda, que tais recursos estão reservados, não podendo ser utilizados em outros gastos.

Logo, o *empenho* é importante para os dois lados envolvidos na contratação pública, pois, sem ele, não podem ser realizadas despesas, conforme estabelece o art. 60 da Lei 4.320/64:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

§ 1º - Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho.

§ 2º - Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar.

§ 3º - É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento.

Seguramente deverá ser realizado um empenho para a despesa contratada, que se configura na reserva de valor para pagamento da parcela da operação de crédito, em especial porque se trata de uma operação de longo prazo para quitação. E deve fazê-lo utilizando-se do permissivo constante da Lei 4.320/64, art. 60, § 2º (empenho por *estimativa*, em face do longo prazo para pagamento) e do § 3º (empenho *global*, sem determinação do exato valor a ser dispendido a cada parcela a ser corrigida).

É curioso notar a diferença que a *temporalidade* acarreta nesse tipo de operação. Usualmente, nos contratos de engenharia ou de fornecimento de serviços ou compra de bens, a *liquidação* ocorre quando o bem é entregue, liberando o pagamento. No caso dos contratos de mútuo, os recursos mutuados são *antecipadamente* entregues pela instituição financeira, e a *liquidação*¹⁹ deve ocorrer quando o dinheiro tiver sido recebido pelo ente público, e não a cada parcela paga.

19 Lei 4.320/64: Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação. Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. § 1º Essa verificação tem por fim apurar: I - a origem e o objeto do que se deve pagar; II - a importância exata a pagar; III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

VI. SOBRE O USO DE PRECATÓRIOS

22. Outro argumento que poderia ser utilizado contra esse tipo de operação diz respeito à questão dos precatórios, pois *pretensamente* a fórmula financeira utilizada ocasionaria uma violação a tal sistema, previsto no art. 100, CF.

O argumento não encontra amparo jurídico, pois nem todo pagamento de dívidas públicas é realizado através do sistema de precatórios, por várias razões, dentre as quais duas avultam.

23. Precatórios decorrem de decisões judiciais transitadas em julgado. Para que isso ocorra é necessário haver uma *lide*, em que uma parte conteste o inadimplemento de uma obrigação de pagar.

Sendo da essência dos contratos a boa-fé das partes, e havendo o compromisso de pagamento, inclusive através de *empenho*, por qual motivo haveria inadimplência? A inadimplência contratual é *exceção* e não a regra na execução dos contratos. E isso avulta na análise da hipótese aqui presente, pois um dos contratantes é o Poder Público.

Tais dissídios são um pouco mais usuais quando se trata de um contrato de compra e venda, ou de prestação de serviços, ou ainda em serviços de engenharia, nos quais o *objeto do contrato pode estar divergente daquele contratado*, pois será entregue *após* firmado o contrato. O *aspecto temporal* é importantíssimo nessa análise.

Na hipótese presente, cogita-se de um contrato de *mútuo de dinheiro*, pelo qual uma parte entrega *antecipadamente* valores a outra para pagamento de conformidade com as cláusulas contratuais, que estabelecem juros e demais acréscimos remuneratórios pelo empréstimo de dinheiro. A chance de haver litigância é muito menor, conforme atestado pelo Banco Central, pois o objeto contratado é entregue *antecipadamente* por parte do *mutuante* ao *mutuário*, isto é, pela instituição financeira ao Município. A *temporalidade* da entrega do objeto contratado é completamente diversa da hipótese anterior. O Poder Público recebe o objeto contratado antecipadamente, e se obriga a pagar de forma diferida no tempo. Inadimplência, se houver, será do Poder Público/mutuário, e não do agente financeiro/mutuante.

24. Por outro lado, existem dívidas públicas que são pagas sem o uso de precatórios, como as tributárias, usualmente *compensadas* através de sistemas informatizados, como ocorre com os tributos federais, pelo sistema Per/Dcomp, através do qual se cria uma espécie de *conta corrente* entre o credor de valores cobrados a maior pelo Poder Públi-

co, e os débitos tributários correntes, que devem ser pagos rotineiramente pelos contribuintes.

Isso ocorre inclusive nos casos em que há lide, em que os contribuintes veem reconhecido seu direito de receber do Poder Público aquilo que foi cobrado indevidamente a título de tributos.

Logo, nem sempre os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas são realizados através do sistema de precatórios.

25. Nesse sentido, a fórmula financeira de concessão de garantia em contratos de mútuo através do FPM não se caracteriza como um *ilegal* afastamento do sistema de precatórios, pois este não é a única forma de pagamento utilizada pelo Poder Público para pagar seus débitos, e, na hipótese sob análise, o objeto usualmente é contratado para ser entregue ao Poder Público de forma antecipada, para ser quitado parceladamente durante longo período contratual.

CONCLUSÕES

26. É constitucional o oferecimento de os recursos do FPM e as quotas parte do ICMS pelos Municípios, como *garantia* de contratos de mútuo com instituições financeiras.

Existem requisitos de Direito Financeiro prévios, que devem obrigatoriamente ser cumpridos, tais como: (1) autorização da Secretaria do Tesouro Nacional, que analisa, em nome do Senado Federal, os limites globais de endividamento de cada ente político federado; (2) autorização do Poder Legislativo municipal, para que o Poder Executivo contrate esse tipo de operação de crédito; e (3) a utilização do valor de empréstimo no objeto delimitado na autorização legislativa efetuada e na forma e limites autorizados.

Deve-se considerar a diferença entre os contratos em geral, que são firmados para entrega *futura* do bem contratado, e o contrato de mútuo de dinheiro, pois nesta hipótese os *recursos* são entregues pelo mutuante (instituição financeira) no *início* do contrato, sendo que os pagamentos a serem realizados pelo mutuário (Município) é que são *diferidos* no tempo.

Não foi desrespeitado o art. 167, IV, CF, pois, em sentido *técnico*, *vincular* se refere ao liame que une uma determinada fonte de receita a um gasto, o que, nesse inciso, só existe para gastos com educação e saúde. *Vincular* tem um sentido perene, para gastos *futuros*, para operações que ocorrerão comprometendo a Liberdade do Legislador

Orçamentário. Tal dinâmica é *completamente diferente* da hipótese em apreço, na qual se tem uma *garantia financeira*, um *colateral*, que só será utilizado se os pagamentos, que devem ser *empenhados* a modo e hora, não forem realizados.

Garantir não é *pagar*, o que será realizado através das receitas próprias do Município. *Garantias* são usadas *ex post* e apenas em caso de inadimplência, sendo que os recursos municipais para *pagar* e para *garantir* se constituem pelas *mesmas fontes* – sendo *recursos próprios*, a serem utilizados no âmbito da *autonomia municipal* (art. 18, CF).

O art. 160, CF, é inaplicável à presente hipótese, uma vez que tal norma veda “(...) a retenção ou qualquer restrição à entrega ou ao emprego dos recursos atribuídos (...)”, o que se refere a operações *interfederativas*, vedando que o transferidor crie embaraços na *retenção* ou na *entrega* dos recursos que são devidos aos Estados e Municípios, proibindo também que sejam criadas restrições ao seu *emprego*, o que torna essa norma inaplicável à operação sob análise.

E nem a jurisprudência está sendo violada, pois admite o uso de recursos transferidos como *garantia*, como é o do FPM e o das quotas-parte.

Não há impedimento constitucional ao oferecimento de receita própria como *garantia de pagamento* de operações financeiras, ainda mais quando ambas provêm da mesma fonte de recursos. Isso aponta para o resguardo da autonomia dos Municípios, conforme o art. 30, III, CF.