

PARECER Nº 027/2008

Exmo. Sr. Conselheiro:

O processo em estudo consubstancia a consulta formulada pelo Senhor Elias Mendes Leal Filho, Presidente do CISOMT e Prefeito Municipal de Cuiabá-MT, por meio do qual indaga a este Tribunal de Contas quanto a destinação do produto de arrecadação com o IRRF feita no período anterior à criação da pessoa jurídica gestora do Consórcio Público, questionando se deve ser recolhida à União ou aos Municípios.

Verifica-se que o consulente anexou os seguintes documentos: Parecer jurídico emitido pelo assessor jurídico do consórcio e o Protocolo de Intenções sobre a instituição da pessoa jurídica de direito público, conforme a Lei nº 11.107/2005, datado de 09/03/2007.

Às ps. 38 a 41 TC consta o Parecer nº 158/CT/2007, exarado por esta Consultoria Técnica, que conclui o seguinte:

*Diante do exposto, e retomando a indagação apresentada nesta consulta, **conclui-se que o produto da arrecadação do IRRF pelos Consórcios, no período anterior à constituição da pessoa jurídica, não pertence aos municípios**, por força do próprio texto constitucional que é taxativo ao mencionar as três espécies de pessoas jurídicas beneficiárias com o produto da arrecadação do IRRF, não se incluindo entre estas o Consórcio (ainda despersonalizado), e não sendo este nenhuma dessas pessoas, o produto do IRRF deve ser recolhido à União.*

No entanto, após a constituição da pessoa jurídica exigida pela Lei nº 11.107/2005, a regra é clara e não deixa dúvidas: se o consórcio assumir a forma de associação pública (equiparado à autarquia), o produto do IRRF pertence ao Município; se associação civil, o IRRF deve ser recolhido à União.

(grifos nossos)

Às ps. 42 e 43 TC, o Parecer Ministerial nº 679/2008 ratificou os termos do parecer técnico desta Consultoria Técnica.

Por fim, às ps. 44 e 45 TC, o Conselheiro Relator determinou o envio do presente processo para reanálise, juntando cópia do Termo Encerramento de Ação Fiscal (p. 46 TC) e do Relatório de Fiscalização (ps. 47 a 51 TC), ambos referente ao Consórcio Intermunicipal de Saúde da Região Teles Pires, localizado no Município de Sorriso-MT, elaborado por representante da Receita Federal, para fins de orientação.

É o relatório.

Para simplificar, está em debate o seguinte: o produto da arrecadação do IRRF pelos Consórcios, no período anterior à constituição da pessoa jurídica, pertence aos Municípios ?

Com base no parecer inicial da Consultoria Técnica, a resposta é negativa; com base na argumentação e documentação juntada pelo Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator para fins de orientação e que refere-se a um caso concreto, a resposta é positiva.

Em atendimentos a determinação do Relator, segue reanálise sobre o tema.

Considerações iniciais sobre a figura jurídica dos consórcios públicos antes da edição da Lei nº 11.107/2005

Dada a falta de regulamentação da matéria, Cleber Demetrio Oliveira da Silva, autor do texto denominado “A regulamentação dos consórcios públicos à luz do Projeto de Lei nº 3.884/2004”, exposto no site www.jus.com.br, com dados fornecidos pela Subchefia de Assuntos Federativos da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, aponta que no Brasil convive-se com três formas de consórcios públicos:

- a) **consórcios sem personalidade jurídica**, como o de saúde liderado pelo Município de Betim-MG;
- b) **consórcios com personalidade jurídica de direito privado**, dos quais, segundo dados do IBGE colhidos em 2001, 1.969 municípios brasileiros estavam em consórcios de saúde, 669 em consórcio de uso compartilhado de máquinas e equipamentos e 216 em consórcio para tratamento e destinação final de resíduos sólidos;
- c) **consórcios com personalidade jurídica de direito público** como o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE (autarquia interfederativa).

De início, entende-se que as duas possibilidades de consórcios públicos com personalidade jurídica informadas mostram-se curiosas e devem ser interpretadas com parcimônia. Pois bem.

No direito pátrio, o fundamento constitucional dos consórcios públicos está prescrito no art. 23, parágrafo único da Constituição Federal c/c seu art. 241, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 18/1998, conforme a seguir exposto:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

*Parágrafo único: **Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios**, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar*

em âmbito nacional.

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos** e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

(grifos nossos)

Verifica-se que a Constituição Federal, expressamente, admite a gestão associada e a doutrina brasileira, apesar de divergir quanto a possibilidade de se criar ou não uma pessoa jurídica para gerir os consórcios administrativos, mostra-se unânime em considerar que os consórcios públicos são desprovidos de personalidade jurídica, pelo menos até a edição das leis acima citadas.

Nesse sentido, destaca-se a compilação feita pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, narrada na obra "Direito Administrativo", 17ª edição, 2004, p. 297, em que além de apresentar a sua opinião jurídica sobre o tema, relata a de dois outros renomados administrativistas, senão vejamos:

O consórcio administrativo, da mesma forma que o consórcio de empresas, não adquire personalidade jurídica. As entidades se associam, mas dessa associação não resulta a criação de nova pessoa jurídica. Em decorrência disso, discute-se a melhor forma de administrar o consórcio.

Hely Lopes Meirelles (1996:361) entende que, como os consórcios não assumem personalidade jurídica, não tendo, portanto, capacidade para assumir direitos e obrigações em nome próprio, é de toda conveniência a organização de uma entidade civil ou comercial, paralela, que administre os seus interesses e realize seus objetivos como desejado pelos consorciados.

No mesmo sentido é a lição de Diógenes Gasparini (1995:281), quer em relação ao convênio, quer em relação ao consórcio. (...)

Porém, ele admite, como Hely Lopes Meirelles, a constituição de uma sociedade civil, comercial ou industrial, com o fim precípua de executar o convênio em todos os termos e condições fixados pelos partícipes. Mais adiante (p.284), ele afirma que tudo o que disse com relação ao convênio se aplica ao consórcio.

Na realidade, nem o convênio **nem o consórcio se constituem como pessoa jurídica; trata-se de acordos de vontades para a consecução de fins comuns. Não há nada, no direito brasileiro, que autorize a considerar o consórcio como pessoa jurídica, seja no Direito Administrativo, seja no direito privado.**

(...)

A melhor solução é a de criar -se uma comissão executiva que vai administrar o consórcio e assumir direitos e obrigações (não em nome próprio, já que a Comissão não tem personalidade jurídica), mas em nome das pessoas jurídicas que compõem o consórcio e nos limites definidos no instrumento do consórcio.

(...)

(grifos nossos)

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, por meio da Resolução nº 02/2004, que é resultado do trabalho em conjunto de representantes de vários segmentos do Estado (Poder Executivo estadual e municipais, ERS, TCE, CIS e COSEMS), conforme documento anexo, em harmonia com os posicionamentos retro relatados dos doutrinadores Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini, concluiu que o consórcio público intermunicipal na área de saúde era despersonalizado e que a melhor forma de realizar sua gestão seria através de uma associação civil, criada especificamente para esse fim. Tais conclusões estavam amparadas no arcabouço jurídico até então existente, de que os consórcios públicos não desfrutavam de personalidade jurídica.

Assim, o TCE/MT apenas orientou que a gestão dos consórcios públicos deveria ser feita por uma associação civil com personalidade jurídica de direito privado. Não foi posto em nenhum momento que os consórcios públicos intermunicipais de saúde adquiririam a mesma personalidade jurídica da associação civil gestora, o que nem poderia porque isso é matéria de lei em sentido estrito. Da mesma forma, também não há como concluir, em tese, que os consórcios públicos constituídos antes de 2005 adquiriram a mesma personalidade jurídica de suas entidades gestoras, constituídas de várias formas, conforme relatado no início deste parecer.

Nesse ponto em específico, também causa estranheza o exemplo posto no início deste parecer de consórcio público com personalidade jurídica de direito público, na forma de *autarquia interfederativa*, senão vejamos os comentários sobre a matéria do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, expostos na obra Manual de Direito Administrativo, 2007, p. 409, adequados ao momento anterior a edição da Lei nº 11.107/2005:

(...)

*Neste caso, as autarquias podem ser **federais, estaduais, distritais e municipais**, conforme instituídas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.*

(...)

Em virtude da autonomia de que são titulares, na forma do art. 18, da CF, cada uma das pessoas federativas tem competência para instituir suas

*próprias autarquias, que ficarão vinculadas à respectiva Administração Direta. Todavia, não são admissíveis autarquias interestaduais e intermunicipais. Se há interesse de Estados e de Municípios para executar serviços comuns, devem os interessados, por si mesmos ou por pessoas descentralizadas, como é o caso de autarquias, celebrar convênios ou consórcios administrativos, constituindo essa forma de cooperação a **gestão associada** prevista no art. 241 da Constituição, tudo, é óbvio, dentro do âmbito das respectivas competências constitucionais. Esta é que deve ser a solução, e não a criação de autarquia única (ou outra pessoa descentralizada) para interesse de diversos entes. Semelhante hipótese provocaria deformação no sistema de administração direta e indireta, segundo o qual cada pessoa descentralizada **é vinculada apenas ao ente federativo responsável por sua instituição**, e não simultaneamente a várias pessoas federativas. Inexiste, por conseguinte, vinculação pluripessoal.*

*Com esse correto entendimento, o STF julgou injurídica a criação de entidade considerada autarquia interestadual de desenvolvimento porque **“não há a possibilidade de criação de autarquias interestadual mediante a convergência de diversas unidades federadas”**, além do fato de que a matéria relacionada a desenvolvimento, planejamento e fomento regional se insere na competência da União Federal.*

(grifos do autor)

Com base nessa doutrina e no contexto de ausência de norma infraconstitucional sobre consórcio público, entende-se que é inconsistente enquadrá-lo como entidade de personalidade jurídica de direito público, na forma de autarquia, conforme noticiado no início deste parecer, porque isso significaria reconhecer a vinculação pluripessoal acima apontada. Mais uma vez, demonstra-se que nessas hipóteses há confusão entre a figura do consórcio e a da entidade gestora.

Frisa-se que a disciplinação geral dos consórcios públicos é matéria de lei (art. 241 da CF) e que essa norma legal foi editada apenas recentemente, em 2005.

Disso, pergunta-se: em relação ao período anterior a 2005, qual a natureza jurídica dos consórcios públicos? A personalidade jurídica que era atribuída a entidade gestora era a mesma do consórcio?

As respostas às indagações acima (personalidade jurídica do consórcio e da unidade gestora) foram normatizadas apenas a partir da edição da Lei nº 11.107, de 6/4/2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências, havendo um grande vazio legislativo até essa data. Dentre as regras previstas nessa lei, destacam-se as que prevêm o seguinte:

Art. 3º O consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.

Art. 5º O **contrato de consórcio público** será celebrado com a ratificação, **mediante lei**, do protocolo de intenções.
(...)

Art. 6º **O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:**

I - **de direito público**, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II - **de direito privado**, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

(...)

(grifos nossos)

Dessa forma, atualmente, como exposto no parecer nº 158/CT/2007, não há dúvidas quanto a natureza jurídica dos consórcio públicos. No entanto, em relação ao período anterior a edição da Lei nº 11.107/2005, com base em tudo acima exposto, especialmente de que não havia norma geral sobre essa matéria, **conclui-se que os consórcios públicos existentes eram de fato despersonalizados**, inclusive os catalogados pela pesquisa apresentada no início deste trabalho, pois não havia prévia definição, no ordenamento pátrio, de como criá-los, juridicamente, ou ainda a equiparação da personalidade jurídica do consórcio público com a de sua entidade gestora.

Distribuição da renda arrecadada com Imposto de Renda Retido na Fonte, em razão da figura jurídica dos consórcios públicos, antes da edição da Lei nº 11.107/2005

No art. 158, inciso I da Constituição Federal de 1988 está prescrito o seguinte:

Art. 158. **Pertencem aos Municípios:**

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

(...)

(grifos nossos)

Partindo da premissa de que os consórcios públicos intermunicipais antes da edição da Lei nº 11.107/2005 eram entes despersonalizados, da leitura do dispositivo constitucional retro transcrito, verifica-se que o produto da arrecadação do IRRF sob esses consórcios públicos pertencia aos Municípios porque trata-se de renda aferida sobre os rendimentos pagos pela própria Administração Pública Municipal e não

abrangida pela imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição Federal.

Posto isso, ao julgar o presente processo e em comungando este Egrégio Tribunal Pleno deste entendimento, sugere-se a inserção do seguinte verbete na Consolidação de Entendimentos:

Resolução de Consulta nº _____ . Tributação. IRRF. Consórcio público. Destinação da renda arrecada a título de IRRF aos municípios consorciados.

Os consórcios públicos intermunicipais criados antes da Lei nº 11.107/2005, e até a edição dessa norma legal, compõem a administração direta do Município. A renda obtida com o imposto incidente sobre a renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos pelos municípios em razão de consórcio público destina-se aos municípios consorciados, nos termos do disposto no art. 158, inciso I da Constituição Federal de 1988.

É o parecer que *S.M.J.* se submete à apreciação superior.

Cuiabá-MT, 16 de abril de 2008.

Beísa Corbelino Biancardini Mühl
Consultora Adjunta em substituição

Volmar Bucco Júnior
Consultor de Estudos, Normas e Avaliação, em substituição

Carlos Eduardo Amorim França
Secretário-Chefe da Consultoria Técnica