

RECOMENDAÇÃO N°. 09/2017 /FAMEM

São Luís (MA), 13 de Fevereiro de 2017.

ASSUNTO: INDELEGABILIDADE DAS FUNÇÕES DE FISCALIZAR E ARRECADAR TRIBUTOS PELOS MUNICÍPIOS. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS MUNICÍPIOS. ARRECADAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DE TRIBUTOS. CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. IMPOSSIBILIDADE. EXCEÇÃO MODERNIZAÇÃO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO .

Excelentíssimo(a) Senhor(a) Prefeito(a)

Com a finalidade de melhor assessorá-lo e mantê-lo atualizado sobre informações relevantes para a realização de uma Gestão Municipal adequada e que, principalmente, atenda aos ditames legais, a FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO – FAMEM, representada por seu presidente Cleomar Tema Carvalho Cunha, vem por meio deste, encaminhar informações sobre as dúvidas relativas à possibilidade de contratação de pessoa jurídica de direito privado para realizar funções de arrecadação e fiscalização tributária nos Municípios.

É sabido que em Municípios de médio e pequeno porte há sérias dificuldades na fiscalização e arrecadação dos Tributos, seja porque não possui tecnologia e/ou material, seja porque não possui pessoal capacitado para a realizar as funções de modo a alavancar o recebimento e/ou recuperação destas receitas.

Contudo, tais obstáculos não autorizam os gestores em terceirizar serviços próprios da Administração Pública.

Assim, a competência tributária define-se como o poder juridicamente limitado que determina a incidência, a base de cálculo e a alíquota, o sujeito passivo da obrigação, formas de lançamento e cobrança, além de provê os meios de arrecadação e fiscalização.

A Constituição da República Federativa atribui esta competência tributária à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para que estes entes possam instituí-los, de acordo com a sua respectiva competência, por meio de lei.

Uma vez exercida a competência tributária (criada à lei que institui o tributo – Código Tributário Municipal), surge à capacidade tributária ativa, que consiste no poder de cobrar, exigir e fiscalizar o tributo, isto é, aptidão de um determinado ente para figurar no polo ativo da relação tributária.

Aos municípios competem, privativamente, a instituição legal, fiscalização, cobrança dos *impostos sobre a propriedade predial e urbana – IPTU* (art. 156, I, CRFB/88); *imposto sobre transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição – ITBI* (art. 156, II, CRFB/88); e *imposto*

sobre serviço de qualquer natureza – ISSQN ou ISS (art. 156, III, CRFB/88), além de taxas municipais, **não sendo possível a delegação de tais competências para pessoas jurídicas de direito privado, pois estaria se terceirizando atividade fim, típica função de Estado do ente público.**

Em outras palavras, pode-se dizer que a arrecadação de tributos é atividade reservada aos órgãos integrantes da administração pública dos entes da federação, sendo o exercício dessas atividades indelegável, ou seja, a execução não é passível de autorização, permissão ou concessão, tal como previsto no Código Tributário Nacional:

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Na dicção do caput do artigo 150, inciso I da Constituição Federal, dita capacidade tributária, representada pelas funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, somente pode ser delegada à pessoa de direito público.

Portanto, terceirizar o serviço de arrecadação, fiscalização e cobrança dos tributos municipais a pessoas jurídicas de direito privado seria incorrer em ilegalidade, por implicar em violação ao princípio da

indelegabilidade dos serviços públicos essencial, regulado pelo art. 7º e parágrafos do CTN.

Neste sentido jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

CONSULTA. TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PRÓPRIOS DA ADMINISTRAÇÃO. NÃO É CABÍVEL A DELEGAÇÃO DE COBRANÇA DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS À PESSOA DE DIREITO PRIVADO. CIÊNCIA AO CONSULENTE [DECISÃO]

8.1. conhecer da presente consulta, com fundamento no art. 1º, XVII, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 216 do Regimento Interno do TCU;

8.2. responder à Presidência da Câmara dos Deputados que: [...]

d) delegar cobrança de créditos tributários não pagos a pessoa de direito privado vai de encontro ao disposto no art. 7º do Código Tributário Nacional, que prevê a delegação desta função exclusivamente à pessoa de direito público, destinando ao particular unicamente a atribuição de arrecadar;

[RELATÓRIO]

11. No tocante ao aspecto da delegação da atividade de cobrança, mister se faz transcrever o art. 7º e § 3º, do Código Tributário Nacional.

Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do art. 18 da Constituição (grifo nosso).

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoa de direito privado, do encargo ou função de arrecadar tributos.

12. Competência tributária nada mais é do que o poder atribuído pela Constituição aos entes políticos para a instituição de tributo. É atribuição legislativa, vez que a instituição de tributos depende de lei (CF, art. 150, I). É indelegável, eis que somente os entes políticos detêm autonomia política para elaboração legislativa.

13. Uma vez exercida a competência tributária, surge a capacidade tributária ativa, que consiste no poder de cobrar, exigir e fiscalizar o tributo, isto é, aptidão de um determinado ente para figurar no pólo ativo da relação tributária. Na dicção do caput do artigo em comento, dita capacidade tributária, representada pelas funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, somente pode ser delegada à pessoa de direito público.

14. Consoante se depreende do parágrafo terceiro, tão-somente a função de arrecadar pode ser atribuída à pessoa de direito privado. Nas palavras de Hugo de Brito Machado, constitui 'simples função de caixa, que hoje é atribuída aos estabelecimentos bancários'. Ademais, a atividade de arrecadação não se confunde com a de cobrança. Esta se materializa por ocasião da exigência do crédito tributário não pago, enquanto a outra está restrita à transferência por parte da rede bancária arrecadadora dos recursos recolhidos junto aos contribuintes e repassados para a Conta Única do Tesouro Nacional.

15. Com efeito, a proposta de se delegar cobrança de créditos tributários não pagos a pessoa de direito privado vai de encontro ao disposto no art. 7º do CTN, que prevê a

delegação desta função exclusivamente à pessoa de direito público, destinando ao particular unicamente a atribuição de arrecadar.

16. De se consignar, ainda, que o serviço bancário de 'cobrança de dívida ativa ofertado por algumas instituições financeiras não se confunde com o conceito de delegação de cobrança de tributos insculpido no art. 7º do CTN. A rigor, o termo 'cobrança' utilizado pelos bancos não tem a mesma acepção daquele empregado pelo CTN. Isto pode ser facilmente percebido à vista de que estas instituições não são investidas de nenhuma das prerrogativas próprias do exercício da capacidade tributária ativa. Na verdade, dita 'cobrança de dívida ativa' não passa de serviço destinado a facilitar e agilizar a arrecadação tributária, como por exemplo, emissão de bloquetes de 'cobrança' com o fito de persuadir o contribuinte à quitação de dívidas fiscais.

17. À evidência dos argumentos aduzidos, conclui-se que um contrato celebrado entre a administração tributária federal e uma pessoa de direito privado, com a finalidade de recuperar tributos, carece de validade jurídica por afrontar diretamente os artigos 3º e 7º do CTN.
[VOTO]

4. De acordo com o art. 7º, § 3º, do Código Tributário Nacional a função de arrecadar pode ser atribuída a pessoa de direito privado. No âmbito federal, por força da Lei nº 4.503, de 30.11.64, o Poder Executivo foi autorizado a cometer a arrecadação das rendas federais a estabelecimentos bancários oficiais e privados.

[...]DC-1704-49/02-P Sessão: 12/12/02 Grupo: I Classe: III

Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Consulta - Denúncia

Nem se argumente com o § 3º deste artigo (*in verbis*) exclui a função de arrecadar tributos do conceito de delegação de competência, pois, está claro que esta norma está se referindo à arrecadação de tributos paga voluntariamente nas redes bancárias, que funcionam como extensão dos cofres públicos.

“Art.7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do art. 18 da Constituição (grifo nosso).

(...)

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoa de direito privado, do encargo ou função de arrecadar tributos” .

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, jurista tributário, constitui *“simples função de caixa, que hoje é atribuída aos estabelecimentos bancários” .*

Consoante o já exposto pode-se concluir **não ser possível à contratação de pessoa jurídica de direito público para realizar as funções de arrecadação, fiscalização dos tributos, devendo tal atividade ser exercida pelo Município, por meio de servidores públicos concursados, pois este possuem competência para realização de tarefas.**

No entanto, não há óbice para a Administração Pública Municipal contratar, por meio de procedimento licitatório, pessoa jurídica de direito privado, especializada em serviços de Tecnologia da Informação (TI), para implantar programas (software) que possam dar melhores condições para aumentar sua arrecadação, bem como prestar serviços de

apoio operacional para promoverem o desenvolvimento técnico exigido para uso intensivo de recursos tecnológicos adquiridos com o principal objetivo de modernizar a gestão tributária dos municípios.

O procedimento licitatório adequado é a **Concorrência** ou **Tomada de Preços** (art. 23, inciso II, alínea *b* e *c*, da Lei 8.666/1993), tipo **“melhor técnica e preço”**, não podendo haver inexigibilidade na licitação com base no art. 25, inciso II c/c art. 13, Inciso III da Lei nº. 8.666/93.

E mais, o Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE-MG) entendeu por meio da consulta 684672 de 01/09/2004 ser ilegal inserir nos contratos administrativos, oriundo de certames licitatórios, cláusula atinente ao preço atrelado a percentual de arrecadação mensal do Município, vem que nos termos do art. 55 da Lei nº. 8.666/93 rezam que são cláusulas obrigatórias em todos os contratos, entre outras, as que estabeleçam:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

(...)

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

Soma-se a isso, pelos princípios e normas, notadamente do art. 16, trazido a lume pela Lei nº. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), **é vedada qualquer autorização ou mesmo assunção de obrigação que venha gerar despesa pública, sem sua estimativa real e sem a devida indicação da dotação orçamentária que fará face ao respectivo gasto.**

Acresça-se ainda que a celebração de contrato nos moldes aventados contraria o disposto no art. 167, inciso IV da Constituição Federal, pois o referido dispositivo veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as hipóteses que a própria Constituição menciona, entre as quais **não se inclui a possibilidade vinculação para o pagamento ao qual se discute.**

Não bastasse tudo isso, o princípio da moralidade administrativa, também, veda o particular de oferecer vantagem ao Poder Público e a Administração Pública de realizar contratação de serviços por conta e risco do particular contratado.

ANTE AO EXPOSTO, **é vedada a transferência à terceiro ou a terceirização da cobrança ou arrecadação da dívida ativa tributária,** por tratar-se de serviço público essencial, permanente, coordenado e especializado que, por essas razões, deve ser executado pela própria Administração Pública, por seus agentes especializados.

Sendo possível a contratação, após certame licitatório, de pessoa jurídica de direito privado para modernizar o sistema de arrecadação tributária do Município, sendo vedado que o valor do contrato seja fixado sobre percentual arrecadado, ou seja, contrato aleatório e de risco, por contrariar normas legais e princípios jurídicos de observância inderrogáveis pelo Poder Público, como evidenciado.

Neste sentido colaciona decisão de Tomada de Contas do TCE-SP *in verbis*:

*TC-001104/010/04- TCE-SP. Conselheiro Conselheiro Robson Marinho
Segunda Câmara Sessão: 4/11/2008.*

Em que pesem os esforços despendidos, a matéria está irregular. Com efeito, a contratação padece de falha já na própria intenção do Administrador, de transferir para terceiros uma tarefa que lhe é peculiar, de sua estrita alçada. A transferência a terceiros de tarefas próprias da Administração e a ocorrência de pagamentos atrelados a recursos obtidos do respectivo contrato contrariam o disposto no artigo 7º, §3º, da legislação retromencionada.

A despeito da semelhança do caso com os contratos de prestação de serviços de análise e revisão de DIPAMs, condenados de maneira geral por este Tribunal, o procedimento se reveste de maior gravidade, pois se trata de revisão de atos de recolhimentos ao INSS.

Aqui, não se justifica o pagamento a terceiro de valor equivalente a 20% do benefício auferido, quando não se vislumbra qualquer gestão de ordem jurídica na atividade contratada, mas tão-somente ações de natureza contábil, que podem e devem ser executadas pelo próprio Administrador público. Como bem disse a ilustre SDG, além da existência de tempo disponível à época da contratação, o vulto do valor contratado seria capaz de cobrir qualquer adaptação ou treinamento que se fizesse necessário. Verifico, também, que não houve por parte da Origem qualquer preocupação de avaliar adequadamente o preço contratado, mediante pesquisa de preços prévios e idônea, a fim de se auferir no mercado a exigência de outras empresas qualificadas a prestarem o serviço, já que apenas a contratada atendeu ao aviso de licitação. O presente caso é bastante semelhante ao analisado nos autos TC-19604/026/03, quando a e. Primeira Câmara, acolhendo meu voto, decidiu pela irregularidade dos atos ali praticados. Da mesma forma, o e. Plenário, ao examinar recurso ordinário pretendendo a reforma do decidido, houve por bem confirmar o acórdão de primeiro grau, negando provimento ao apelo.

Nessas condições, voto pela irregularidade da licitação e do contrato bem como pela ilegalidade dos atos determinativos das despesas decorrentes, acionando-se, por consequência, o disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93.



Sendo esta a recomendação.

Por fim, a FAMEM – Federação dos Municípios do Estado do Maranhão, através de sua Assessoria Jurídica, coloca-se à inteira disposição, por meio dos telefones (98) 2109 5400/ 5417.

CLEOMAR TEMA CARVALHO CUNHA
Presidente da FAMEM