



PROCESSO Nº: **3787/2013- TC**

INTERESSADO: PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO PAULO DO POTENGI

ASSUNTO: CONSULTA

PROCEDIMENTO DE CONSULTA. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. FUNDOS ESPECIAIS. ADMISSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA DOS FUNDOS ESPECIAIS, QUE, EM REGRA, NÃO OSTENTAM PERSONALIDADE JURÍDICA, SALVO SE INSTITUÍDAS NA FORMA DE AUTARQUIAS OU EMPRESAS PÚBLICAS. RESERVA LEGAL. SUBMISSÃO AUTÔNOMA DOS FUNDOS ESPECIAIS AOS DITAMES DA LEI Nº 8.666/93, CASO DETENHAM PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA. HIPÓTESE DE AQUISIÇÕES DE BENS E SERVIÇOS PELO MUNICÍPIO E PELO FUNDO PERSONALIZADO. POSSIBILIDADE DE DISPENSAS DE LICITAÇÃO, SEM HAVER, POR TAL MOTIVO, CARACTERIZAÇÃO DE FRACIONAMENTO INDEVIDO. HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME. AUTORIDADE COMPETENTE PARA REPRESENTAR O FUNDO PERSONALIZADO OU AUTORIDADE RESPONSÁVEL PELO ENTE QUE CRIADOR E/OU ADMINISTRADOR DO FUNDO DESPERSONALIZADO

PARECER Nº 92/2014-PG

I – SOBRE A CONSULTA FORMULADA

Tratam os presentes autos de consulta formulada pelo Prefeito Municipal de São Paulo do Potengi (fls. 01 e 02), cujo foco central versa sobre a natureza jurídica dos *fundos especiais* e dos respectivos processos licitatórios, por meio da qual indaga, especificamente:



”1) Faz-se necessário a realização de processos licitatórios distintos para o Fundo Municipal de Saúde, Fundo Municipal de Assistência Social e Município para aquisição do mesmo produto ou serviço?

2) Na hipótese de resposta positiva, configura fracionamento os casos em que seja possível a dispensa de licitação, nos termos do art. 24, II da Lei nº 8.666/93, na compra do mesmo produto ou serviço para cada fundo ou município?

3) Por fim, quem está legitimado a homologar a licitação? Os gestores do Fundo ou o Prefeito?”

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

II.1 – Admissibilidade da consulta

Prefacialmente, a presente consulta deve ser conhecida, uma vez que formulada nos exatos termos preconizados pelos arts. 102 e 103, II da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, na medida em que firmada pelo Prefeito do Município de São Paulo do Potengi, acerca de situação que não denuncia qualquer caso concreto, mas apenas questão interpretativa, em tese.

II.2 – Sobre o mérito da consulta

De se destacar, inicialmente, a apressada afirmativa do consulente de que os fundos correspondem a personalidades jurídicas distintas da do Município.

A Consultoria Jurídica desta Corte muito bem atentou para o fato de que, *em princípio*, os fundos especiais não são dotados de personalidade jurídica, dada a falta de sua



TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

previsão no rol trazido pelo art. 41 do Código Civil¹, muito embora suas inscrições no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) sejam exigidas pelo art. 11, XI da Instrução Normativa nº 1.005/2010, da Secretaria da Receita Federal do Brasil.²

De outra banda, é sabido que o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, submete os fundos especiais às suas prescrições, conforme se vê abaixo, com grifos nossos:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

*Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os **fundos especiais**, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

Surge, com isso, a questão: dada a previsão da referida Instrução Normativa e a regra contida no art. 3º, p.u., da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, devem de fato, os fundos especiais se submeterem, autonomamente, aos processos licitatórios?

Sugerindo cautela quanto à previsão dos fundos especiais no texto normativo acima citado, bem assenta Marçal Justen Filho que, em regra, tais fundos não podem ser considerados sujeitos de direito, pois costumam indicar meras rubricas orçamentárias ou

¹ “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.”

² “Art. 11. São também obrigados a ser inscrever no CNPJ:

XI – fundos públicos e privados, de natureza meramente contábil”;



TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

destinação de verbas. Atenta ainda o autor para o fato de que, se eventualmente for personificado, deverá o fundo ostentar uma das formas admitidas em nossa legislação, o que, normalmente, ocorre quando assumem a forma de autarquias ou empresas públicas.³

Todavia, arrimado nas ponderações acima destacadas, pondera o Ministério Público de Contas que para um determinado fundo poder ostentar personalidade jurídica própria, assumindo a forma de autarquia ou empresa pública, é necessária previsão legal, conforme expreso comando constitucional:

“Art. 37 (...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”

Daí que, para o regular nascimento de uma autarquia ser necessária a edição de uma lei específica, criando-a diretamente. No caso da empresa pública, basta a autorização legal para sua criação.

No ponto, destaca José dos Santos Carvalho Filho, quanto à criação de empresa pública:

“(...) o regime a adotar-se é o de direito privado, ou seja, deve o Estado providenciar a prática do ato que contenha o estatuto, ou dos próprios atos constitutivos da entidade, para que sejam inscritos no registro próprio, fato que dá início à existência legal da pessoa jurídica, como, aliás, está claro no art. 45 do Código Civil”.⁴

³ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. Ed. São Paulo: Dialética, 2002. P. 38

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 441.



TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

Desse modo, para que um determinado fundo possa submeter-se, autonomamente, às previsões da Lei nº 8.666/93, é necessário que tenha personalidade jurídica própria, o que só ocorre se for instituído como autarquia ou empresa pública, para o que se exige a criação por lei específica ou a autorização legal expressa, respectivamente.

Na hipótese de tais fundos terem realmente personalidade jurídica própria, resta claro que, sendo necessária a aquisição de um mesmo produto ou serviço, tanto por ele, quanto pelo Município, há possibilidade de cada um desses entes realizar suas respectivas contratações diretas, na forma do art. 24, II da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

À toda evidência, o limite estatuído na regra acima deve ser respeitado para que a dispensa seja considerada regular, sem prejuízo da análise de outras particularidades do procedimento pelo Tribunal de Contas, no regular exercício do controle externo.

Todavia, em princípio, o fato específico de haver pluralidade de licitações não deverá implicar a caracterização do fracionamento de despesas, uma vez que se estará diante de aquisições ultimadas por **pessoas jurídicas distintas e autônomas**, cada uma responsável pelo seu processo de dispensa de licitação.

Evidentemente, caso ocorram contratações sucessivas de objetos similares, por cada uma das pessoas jurídicas, visando escapar do procedimento licitatório ou mesmo submeter-se a modalidade menos “rígida”, o fracionamento pode vir a restar caracterizado.



TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

No que toca ao sujeito legitimada para homologar o certame ou os processos de dispensa, também na hipótese do fundo deter personalidade jurídica própria, deve-se analisar, inicialmente, o conteúdo do art. 43, VI da Lei nº 8.666/93

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

Assim, deverá homologar o certame a “autoridade competente”, que, segundo Marçal Justen Filho, é “aquela que dispuser de competência jurídica para ‘representar a entidade’”⁵, atribuição que vem prevista na própria lei instituidora (se o fundo for uma autarquia), ou nos atos constitutivos (caso o fundo seja uma empresa pública).

A contrario sensu, na hipótese de o fundo não ter personalidade jurídica própria, e assim, ser uma mera rubrica orçamentária, as licitações para aplicações de seus recursos hão de ser realizadas pelo próprio ente que o instituiu e o administra, conforme decisões do Tribunal de Contas de Santa Catarina, colacionadas pela ilustre Consultoria Jurídica desta Corte (pré-julgados 2099, 1725 e 332).

Via de consequência, as licitações serão homologadas pela autoridade competente de seu ente criador e administrador.

Por fim, ainda no caso de falta de personalidade jurídica própria, sendo necessária a aquisição dos mesmos bens ou serviços, tanto para fins particulares do fundo, quanto para os demais objetivos do Município, deve ocorrer apenas um procedimento licitatório ou um procedimento de dispensa (aqui, desde que respeitado o limite do art. 24, II da Lei nº 8.666/93), sob pena de poder ser configurado o fracionamento indevido de licitação.

⁵ Op. Cit. P. 404.



III – DA PARTE CONCLUSIVA DO PARECER

Assim, pelo exposto, opina o **Ministério Público de Contas** pelo **conhecimento desta consulta**, e, **no mérito**, que sua resposta seja dada nos seguintes termos:

- 1) São necessários **procedimentos licitatórios distintos para fundos especiais, apenas e tão somente se estes forem dotados de personalidade jurídica própria**, o que só ocorre se assumirem a forma de **autarquias** ou **empresas públicas**, entidades cuja criação demandam lei específica criadora ou lei autorizando expressamente sua criação, respectivamente;
 - 1.1) **Se o fundo não tiver personalidade jurídica própria**, as **licitações** para aplicação de seus recursos devem ser **realizadas pelo ente que o criou e o administra**;
- 2) **Caso o fundo realmente tenha natureza jurídica de autarquia ou empresa pública**, na hipótese de necessidade de aquisição do mesmo produto ou serviço, tanto pelo fundo, quanto pelo Município, **poderão os procedimentos licitatórios ser dispensados** na forma do art. 24, II da Lei nº 8.666/93 (desde que respeitado o limite ali previsto), **sem haver – por este motivo – caracterização de fracionamento de licitação**, uma vez que tratar-se-ão de aquisições ultimadas por **pessoas jurídicas distintas e autônomas**, cada uma responsável pelo seu processo de dispensa de licitação;
 - 2.1) **Não tendo o fundo personalidade jurídica própria**, e sendo necessária a aquisição dos mesmos bens ou serviços, tanto para os objetivos específicos do fundo, quanto para os do Município, **deve haver apenas um procedimento licitatório (ou procedimento de dispensa**, se respeitado o limite do art. 24, II da Lei nº 8.666/93), **sob pena de poder ser configurado o fracionamento de licitação**;



3) *Se* o **fundo** realmente detiver natureza jurídica de **autarquia** ou **empresa pública**, e, com isso, **personalidade jurídica própria**, o legitimado para **homologar a licitação** será a **autoridade competente para representar a entidade**, conforme regramento do art. 43, VI da Lei nº 8.666/93, **atribuição** aquela que deverá estar **prevista** em sua **lei específica** (caso seja uma autarquia) ou nos **atos constitutivos** (na hipótese de ser uma empresa pública);

3.1) *Na hipótese de o fundo não ter personalidade jurídica própria*, as **licitações** para aplicações de seus recursos não de ser **realizadas** pelo **próprio ente que o instituiu e/ou o administra**, devendo ser, conseqüentemente, conseqüência, homologadas pela autoridade competente de seu ente criador e/ou administrador.

Natal, 14 de janeiro de 2014

Luciano Silva Costa Ramos

Procurador-Geral do Ministério Público de Contas