



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO GERSON DOS SANTOS SICCA

PROCESSO Nº	RLA 16/00022577
UNIDADE GESTORA	Fundo de Desenvolvimento Social – FUNDOSOCIAL
RESPONSÁVEL	Celso Antônio Calcagnotto e outros
ESPÉCIE	Auditoria Ordinária
ASSUNTO	Fiscalização visando verificar se os recolhimentos e a repartição constitucional dos recursos do FUNDOSOCIAL aos Municípios e Poderes e Órgãos estaduais estão regulares

AUDITORIA. CONTRIBUIÇÕES. FUNDOSOCIAL. CRÉDITOS DE ICMS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO. IRREGULARIDADE.

As contribuições vertidas por contribuintes para o Fundosocial relacionadas a créditos de ICMS devem ser consideradas como receita tributária. A desconsideração dessa natureza impacta na repartição de receitas com os Municípios, na destinação de recursos aos Poderes e Órgãos e no cálculo dos valores destinados à saúde e à educação. Acórdãos em Ação Direta de Inconstitucionalidade e do Tribunal de Contas que não foram observados pelo Poder Executivo. Grave infração à legislação. Irregularidade sujeita à aplicação de multa.

ATOS DE DESCONSIDERAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O CÁLCULO DA REPARTIÇÃO DE RECEITAS COM OS MUNICÍPIOS E ÓRGÃOS E PODERES ESTADUAIS. RESPONSABILIDADE. GOVERNADOR. APRECIÇÃO NO ÂMBITO DAS CONTAS DE GOVERNO. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. RESPONSABILIDADE. GESTOR.

Caracterizado o ato ilícito, a responsabilidade do Secretário da Fazenda irrompe da sua condição de ordenador de despesa na esfera da respectiva Pasta e da comprovação de que foi o emissor da solicitação que orientava a destinação das contribuições ao Fundosocial com a utilização de códigos de receita não considerados na repartição de receitas tributárias.

A responsabilidade do Governador do Estado, na condição de Chefe do Poder Executivo, deve ser apurada em sede de Contas de Governo, diante do impacto causado pelos atos no resultado anual da Unidade.

Comunicação ao Ministério Público Estadual, para possíveis apurações na sua esfera de competência, à Presidência da República, em razão da hipótese de intervenção federal, e à Assembleia Legislativa, a fim de verificar eventual ocorrência de crime de responsabilidade.

CONTRIBUIÇÕES. FUNDOSOCIAL. CONVÊNIO. CONFAZ. PERCENTUAL MÁXIMO. INOBSERVÂNCIA. DECRETO. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA NO CASO CONCRETO.

Afasta-se a hipótese de aplicação de multa ao gestor pela desconsideração do limite percentual de contribuições ao Fundosocial fixado por Decreto quando verificada a inconstitucionalidade da própria previsão, não tendo essa matéria sido objeto de audiência dos responsáveis. Remessa ao Ministério Público Estadual, para as providências que entenda cabíveis.

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de auditoria para a verificação da regularidade dos recolhimentos ao FUNDOSOCIAL e da repartição constitucional dos recursos do fundo aos Municípios, poderes e órgãos estaduais.

Mediante o Memorando nº 159/2015 (fl. 03), de 17/12/2015, a Diretoria de Controle da Administração Estadual relatou que em auditoria relacionada aos valores repassados às APAES (RLA 15/00601222) – recursos do Fundosocial -, foram identificados indícios de irregularidades nas doações da Celesc Distribuição ao aludido Fundo, de forma recorrente e em valores superiores ao previsto em Lei. Em vista disso, solicitou à Diretoria-Geral de Controle Externo o encaminhamento do Memorando ao Conselheiro Presidente, “para autorização dos levantamentos iniciais e, se necessário, inclusão na Programação 2015/16 e execução da auditoria relacionada ao referido objeto, já a partir de 05 de janeiro de 2016”.

A remessa à Presidência e a autorização emitida pelo Conselheiro Vice-Presidente, Adircélio de Moraes Ferreira Júnior, deu-se na mesma data (fl. 03).

Em 06/01/2006 a equipe de auditoria foi apresentada ao Secretário de Estado da Fazenda, Sr. Antônio Marcos Gavazzoni mediante o Ofício nº TCE/DCE/AUD. 13/2016 (fl. 04), e ao Secretário de Estado da Casa Civil, Sr. Nelson Antônio Serpa, por meio do Ofício nº TCE/DCE/AUD.12/2016 (fl. 05).

Realizados os trabalhos da auditoria, a equipe técnica elaborou o Relatório nº DCE 14/2016, cuja conclusão foi a seguinte (fls. 199 – 214):

4.1 Que seja procedida **AUDIÊNCIA**, nos termos do art. 29, § 1º da Lei Complementar Estadual nº. 202, de 15 de dezembro de 2000 (estadual), dos responsáveis a seguir nominados, para a apresentação de defesa, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a respeito das irregularidades constantes do presente relatório, sujeitas a determinações e/ou à aplicação de multas previstas na Lei Orgânica deste Tribunal conforme segue:

4.1.1 De responsabilidade do Sr. **João Raimundo Colombo**, Governador do Estado de Santa Catarina, CPF nº 295.684.209-91, com domicílio ao Centro administrativo, Rodovia SC401 Km 5 nº 4600, Saco Grande II, Florianópolis-SC, CEP 88.032-000 em face de:

4.1.1.1 não repasse de valores constitucionalmente devidos aos municípios, afrontando o Acórdão da **ADI 53.161/TJSC**, à **Decisão TCE/SC 521/2012**, além do inciso IV, art. 158 da Constituição Federal/1988, desconsiderando a

natureza tributária dos recursos do Fundosocial e desrespeitando o inciso II art. 77 dos Atos Constitucionais Transitórios e arts. 198 e 212 da CF/88, do inciso II, art. 133 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989 e, ainda, à Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014, arts. 26 e 27 (item 2.1 deste Relatório);

4.1.1.2 não repasse de valores devidos aos poderes e órgãos estaduais, visto que não foram observados o Acórdão da **ADI 53.161/TJSC**, a **Decisão TCE/SC 521/2012** no que tange a natureza tributária das receitas do Fundosocial, atentando, assim, contra a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014, arts. 26 e 27, (item 2.2 deste Relatório);

4.1.2 De responsabilidade do Sr. **Antônio Marcos Gavazzoni**, Secretário de Estado da Fazenda, CPF n.º 827.189.469-20, com domicílio ao Centro administrativo, Rodovia SC401 Km 5 nº 4600, Saco Grande II, Florianópolis-SC, CEP 88.032-000 em razão de:

4.1.2.1 não repasse de valores constitucionalmente devidos aos municípios, nos termos de suas competências conforme Lei Complementar 381/2007 (estadual), em razão da sua iniciativa na contribuição da CELESC ao Fundosocial, por meio de DARE código 3662, demonstrada no teor dos seus ofícios remetidos (fls. 07 a 20), e registrar tais valores e outros como doações ao fundo, desconsiderando a natureza tributária dos recursos do Fundosocial, desrespeitando os termos do inciso II art. 77 dos Atos Constitucionais Transitórios e arts. 198 e 212 da CF/88, visto que é o gestor do Sistema de Arrecadação Tributária-SAT e, conseqüentemente, considerando ainda o que orienta o art. 1º Decreto (estadual) nº460/2015, excluí-los da partição aos municípios do Estado afrontando e repercutindo ausência de observação da alínea “b”, inciso V, art. 34 da CF/88, do art. 10 da Lei Complementar (federal) 63/90, do Acórdão da **ADI 53.161/TJSC**, da **Decisão TCE/SC 521/2012**, do inciso IV, art. 158 da Constituição Federal/1988, do inciso II, art. 133 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, dos arts. 26 e 27 da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014 (item 2.1 deste Relatório);

4.1.2.2 não repasse de valores devidos aos poderes e órgãos estaduais nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014, arts. 26 e 27, desrespeitando também o Acórdão da **ADI 53.161/TJSC** e a **natureza tributária dos recursos recolhidos ao Fundosocial** (item 2.2 deste Relatório);

4.1.2.3 compensação de “doações” da CELESC com o seu ICMS a pagar em montante superior ao permitido legalmente, autorizada e orientada expressamente através de ofício (fl. 11), considerando suas competências

previstas no inciso I e letras “a” e “b” do inciso IV do art. 58 da Lei Complementar 381/2007 (estadual), sem fundamento ou amparo do inciso XV do artigo 15 do Anexo 02 do Decreto 2.870/2001, até novembro de 2015 (item 2.3 deste Relatório);

4.1.3 De responsabilidade do Sr. **Celso Antônio Calcagnotto**, Secretário Executivo de Supervisão de Recursos Desvinculados da Casa Civil, CPF n.º 385.768.649-91, com domicílio no Centro Administrativo, Rodovia SC401 Km 5 nº 4600, Saco Grande II, Florianópolis-SC, CEP 88.032-000 em face de:

4.1.3.1 não repasse de valores constitucionalmente devidos aos municípios, no exercício de suas obrigações previstas no o art. 5º da Lei (estadual) 13.334/2005, em razão da sua omissão na partição de recursos de natureza tributária aos municípios do Estado, considerando também o teor do que orienta o art. 1º Decreto (estadual) nº460/2015, afrontando e repercutindo ausência de observação da alínea “b”, inciso V, art. 34 da CF/88, do art. 10 da Lei Complementar (federal) 63/90, do Acórdão da **ADI 53.161/TJSC**, da **Decisão TCE/SC 521/2012**, do inciso IV, art. 158 da Constituição Federal/1988, do inciso II, art. 133 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, dos arts. 26 e 27 da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014 (item 2.1 deste Relatório);

4.1.3.2 não repasse de valores devidos aos poderes e órgãos estaduais, no exercício de suas obrigações previstas no o art. 5º da Lei (estadual) 13.334/2005, desrespeitando o Acórdão da **ADI 53.161/TJSC e a natureza tributária dos recursos recolhidos ao Fundosocial** (item 2.2 deste Relatório).

4.2 Dar ciência do Relatório à DCG – Diretoria de Controle de Contas de Governo, tendo em vista que os assuntos são afetos e relevantes para análise das contas anuais do Governo do Estado relativas ao exercício de 2015.

O Relatório veio ao Relator em 27/04/2016. Em 28/04/2016 determinei a remessa de cópia do mesmo à Diretoria de Controle das Contas de Governo (DCG) deste Tribunal, conforme solicitado pela DCE no item 4.2 do Relatório, providência sugerida em razão da matéria guardar relação com as contas de 2015 do Governo do Estado, as quais estavam sob a análise da referida Diretoria.

Em 11/05/2016 determinei a audiência dos responsáveis (fl.214).

Tendo em vista as dúvidas em relação à distribuição de processos por força da Lei Complementar (Estadual) nº 666/2015, cuja eficácia foi suspensa por força de decisão do Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade, solicitei informações à

Secretaria Geral sobre os critérios adotados para a designação de Relator para o feito, tendo sido confirmada a relatoria deste Conselheiro Substituto, nos termos do Memorando SEG N° 025/2016 (fl. 215).

Em cumprimento ao despacho que determinou a audiência, foram emitidos os Ofícios 4.360/2016, 4.361/2016 e 4.362/2016 (fls. 218 – 220).

À fl. 225 consta o Ofício n° 1024/2016, do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Desembargador Torres Marques, solicitando cópia integral do processo, pleito que foi deferido. Da mesma forma, o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Sandro José Neis, remeteu a esta Corte solicitação similar (fl. 228), atendida pelo Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Contas, Conselheiro Luiz Roberto Herbst (fl. 229).

Nos termos da petição de fl. 233, o Sr. Celso Antônio Calcagnotto solicitou prorrogação de prazo para apresentar suas justificativas, pleito que foi deferido.

À fl. 235 Sua Excelência o Governador do Estado, João Raimundo Colombo, e o Sr. Secretário da Fazenda, Antônio Marcos Gavazzoni, solicitaram prorrogação de prazo, e informaram que o pedido “deve-se ao fato de que o Governo do Estado está reanalisando os procedimentos adotados com relação à classificação contábil das doações efetivadas em favor do Fundosocial, devido aos apontamentos realizados por integrantes dessa Corte de Contas sobre a matéria, quando do julgamento das contas do governo relativas ao exercício de 2015”. A prorrogação requerida foi concedida.

Posteriormente, a Diretoria de Controle da Administração Estadual exarou o Relatório n° DCE/CGES/DIV.8 n° 241/2016 (fls. 259 -270), cuja conclusão é a que segue:

3.1 Determinar, cautelarmente, ao Secretário Executivo de Supervisão de Recursos Desvinculados, Sr. Celso Antônio Calcagnotto, gestor do Fundosocial, ao Secretário de Estado da Fazenda, Sr. Antônio Marcos Gavazzoni e ao Governador do Estado de Santa Catarina, Sr. João Raimundo Colombo a sustação das retenções das participações dos municípios, das participações dos Poderes e Órgãos estaduais, da Saúde e da Educação relativas a todas as receitas do Fundosocial, exceto daquelas originárias do código de receita 3751, em face de:

3.1.1 desconsideração recorrente da natureza tributária dos recursos do Fundosocial afrontando conjunta e sistemicamente o Acórdão da ADI 53.161/TJSC, a Decisão TCE/SC 521/2012, além do inciso IV, art. 158 da Constituição Federal/1988 e do inciso II, art. 133 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) n° 16.445/2014, arts. 26 e 27, do LDO (estadual) n° 16.672/2015, arts. 26 e 27, do Princípio Federativo e do Princípio da Essência Sobre a Forma;

3.1.2 não repasse de valores constitucionalmente devidos aos municípios, afrontando o Acórdão da **ADI 53.161/TJSC, à Decisão TCE/SC 521/2012**, além do inciso IV, art. 158 da Constituição Federal/1988, e desrespeitando o inciso II, art. 133 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989 e, ainda, as Leis de Diretrizes Orçamentárias – LDOs (estaduais) nº 16.445/2014 e nº 16.672/2015, em ambas os seus arts. 26 e 27 c/c inciso V, art. 123 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, o Princípio Federativo e o Princípio da Essência Sobre a Forma;

3.1.3 não repasse de valores devidos aos poderes e órgãos estaduais, visto que não foram observados o Acórdão da **ADI 53.161/TJSC, a Decisão TCE/SC 521/2012** no que tange a natureza tributária das receitas do Fundosocial, atentando, assim, contra o Princípio da Essência Sobre a Forma, as Leis de Diretrizes Orçamentárias – LDOs (estadual) nº 16.445/2014 e nº 16.672/2015, em ambas os seus arts. 26 e 27;

3.1.4 não distribuição de receitas do Fundosocial à Saúde desconsiderando observância conjunta do Acórdão da **ADI 53.161/TJSC, da Decisão TCE/SC 521/2012**, do Princípio da Essência sobre a Forma, do inciso II art. 77 dos Atos Constitucionais Transitórios e art. 198 da Constituição Federal/88;

3.1.5 não distribuição de receitas do Fundosocial à Educação desconsiderando observância conjunta do Acórdão da **ADI 53.161/TJSC, da Decisão TCE/SC 521/2012**, do Princípio da Essência sobre a Forma e do art. 212 da Constituição Federal/88;

3.2 Dar Ciência do Relatório Técnico e da Decisão à Secretária Executiva de Supervisão de Recursos Desvinculados, na pessoa do Sr. Celso Antônio Calcagnotto, gestor do Fundosocial, à Secretária de Estado da Fazenda, na pessoa do Sr. Antônio Marcos Gavazzoni e ao Governo do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina, na pessoa do Sr. Governador João Raimundo Colombo da medida cautelar adotada para que, a contar da deliberação, apresentem as alegações que julgarem pertinentes acerca dos fatos apresentados.

3.3 Representar ao Ministério Público Estadual a íntegra do processo RLA 16/00022577, conforme poder/dever previsto no inciso XIV, art. 1º da Lei Complementar (estadual) 202/2000 desta Corte de Contas, considerando o desrespeito recorrente às imposições conjuntas do Acórdão da **ADI 53.161/TJSC, da Decisão TCE/SC 521/2012**, além do inciso IV, art. 158 da Constituição Federal/1988 e do inciso II, art. 133 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014, arts. 26 e 27, da LDO (estadual) nº 16.672/2015, arts. 26 e 27, do Princípio Federativo e do Princípio da Essência Sobre a Forma em

virtude da desconsideração recorrente da natureza tributária de todos os recursos do Fundosocial, exceto aqueles originários da receita código 3751, gerando retenções indevidas de valores que não pertencem ao Poder Executivo, repercutindo em possível crimes de responsabilidade dos gestores superiores da administração estadual (inciso I, art. 71 da CE/89) nos termos dos incisos V, VI e VII do art. 72 da Constituição Estadual (crime de responsabilidade) em razão do não cumprimento das leis e das decisões judiciais, por contrariar a probidade na administração pública, inciso V, art. 72 da CE/89, em razão de “*não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados*” (neste caso, o Secretário de Estado da Fazenda pelo não repasse das participações aos municípios) “... *ou na prática de atos contrários à Constituição*” e leis, item 3 do art. 9º, item 4 do art. 10, item 1 do art. 12 c/c art. 74 da Lei (federal) 1.079/1950 e em razão de retenção ou apropriação indevida de recursos municipais (*caput* do art. 10 da Lei (federal) nº 8429/1992).

Às fls. 273-287 exarei o Despacho nº GAGSS 028/2016, concedendo a medida cautelar requerida, para determinar aos responsáveis “a sustação das retenções das participações dos Municípios, das participações dos Poderes e Órgãos estaduais, da Saúde e da Educação relativas a todas as receitas do Fundosocial, exceto daquelas originárias do código de receita 3751”.

A cautelar foi concedida em 21/06/2016 e submetida à ratificação pelo Plenário na Sessão de 22/06/2016, que decidiu pela sua revogação e abertura de audiência dos responsáveis (fl.288A), nos termos propostos pela proposta de voto divergente, exarada pelo Exmo.Sr. Conselheiro Julio Garcia (f. 288 fv).

A audiência foi comunicada nos termos dos Ofícios TC/GAP/SEG nºs 10.246/16, 10.247/16 e 10.248/16 (fls.342-344). Entretanto, novos ofícios de comunicação foram remetidos (TCE/SEG nº 10.769/16,10.770/16 e 10.771/16), em razão de incorreção na publicação no Diário Oficial Eletrônico (fls. 350 -352). Os comprovantes de recebimento estão às fls.387-389.

A Federação Catarinense dos Municípios (Fecam) requereu cópia integral dos autos (fl. 289) e juntou cópia de pedido de acesso de informações e requerimento de providências encaminhado ao Sr. Governador do Estado, solicitando a sua apreciação por esta Corte (fls. 291-314). Também veio ao processo requerimento de cópia integral dos autos formulado pelo Procurador de Contas Dr. Diogo Roberto Ringenberg (fl.317).

No despacho de fls. 319-320 deferi o pedido do Sr. Procurador de Contas e indeferi o pleito da Fecam, isso porque, conforme os termos do art.13, §1º da Resolução nº 071/2012, o Relator não dispõe de competência para autorizar o fornecimento de cópias de documentos integrantes de processos antes da edição do ato decisório. A decisão foi comunicada aos requerentes mediante os Ofícios TCE/SEG nºs 10.244/16 e 10.245/16 (fls.340-341).

À fl.321-322 consta o Ofício/Gabs nº 445/2016, remetido pelo Sr. Secretário da Fazenda, Antonio Marcos Gavazzoni, ao Exmo. Presidente do Tribunal de Contas, Conselheiro Luiz Roberto Herbst, informando que “se a conclusão for no sentido de que os procedimentos devem ser revistos, consigna-se que tão logo haja a confirmação de que há valor a ser recomposto e do seu montante, considerando, neste caso, as contribuições realizadas em 2015 e 2016, o Poder Executivo estará à disposição de Vossa Excelência para tratar do cronograma de repasse ao Tribunal de Contas do Estado”. O Ofício foi encaminhado ao Relator do processo por ordem do Exmo. Sr. Presidente em exercício, Conselheiro Adircélio de Moraes Ferreira Júnior (fl.324).

Vieram aos autos as justificativas do Sr. Celso Antônio Calcagnotto (fls. 326 - 337) e procuração outorgada aos patronos do responsável (fl.338).

O Sr. Deputado Estadual Dirceu Dresch, Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa, requereu cópia do processo (fl. 357), pleito que deferi. O Sr. Procurador-Geral do Estado, João dos Passos Martins Neto, também requereu cópias (fl.360)

Os responsáveis foram comunicados da concessão de pedido de prorrogação de prazo (fls.364 – 367), de acordo com o decidido no despacho de fl. 363.

O Sr. Celso Antonio Calcagnotto reiterou suas alegações (fls. 368 - 369).

As justificativas do Exmo. Sr. João Raimundo Colombo, Governador do Estado, foram acostadas à fl.392.

O Sr. Antonio Marcos Gavazzoni manifestou-se às fls.396 - 412. Juntou mídia eletrônica (fl.413 e 642) e documentos (fls.414 – 585; 588 - 641).

Exaurida a fase de defesa, a Diretoria de Controle da Administração Estadual (DCE) exarou o Relatório de Reinstrução TCE/DCE nº 414/2016 (fls.644 – 683), com a seguinte conclusão:

3.1. **Preliminar e incidentalmente**, arguir a inconstitucionalidade do Decreto nº 516/2015 (estadual), em vista do mesmo legislar sobre matéria reservada

para Lei específica nos termos do parágrafo 6º do artigo 150 da Constituição Federal;

3.2. Aplicar ao senhor **João Raimundo Colombo**, Governador do Estado de Santa Catarina, CPF nº 295.684.209-91, com domicílio ao Centro administrativo, Rodovia SC401 Km 5 nº 4600, Saco Grande II, Florianópolis-SC, CEP 88.032-000, **multas** previstas no art. 70 da Lei Complementar nº 202/2000 (estadual), em face de:

3.2.1 não repasse de valores constitucionalmente devidos aos municípios, afrontando o Acórdão da **ADI 53.161/TJSC**, à **Decisão TCE/SC 521/2012**, além do inciso IV, art. 158 da Constituição Federal/1988, desconsiderando a natureza tributária/ICMS dos recursos do Fundosocial e desrespeitando o inciso II art. 77 dos Atos Constitucionais Transitórios e arts. 198 e 212 da CF/88, do inciso II, art. 133 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989 e, ainda, à Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014, arts. 26 e 27 (item 2.1.3.1 deste Relatório e item 2.1 do Relatório de Auditoria DCE nº 14/2016);

3.2.2 não repasse de valores devidos aos poderes e órgãos estaduais, visto que não foram observados o Acórdão da **ADI 53.161/TJSC**, a **Decisão TCE/SC** nº 521/2012 no que tange a natureza tributária/ICMS das receitas do Fundosocial, atentando, assim, contra a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014, arts. 26 e 27, (item 2.1.3.2 deste Relatório e item 2.2 do Relatório de Auditoria DCE nº 14/2016);

3.3. Aplicar ao senhor **Antonio Marcos Gavazzoni**, Secretário de Estado da Fazenda, CPF n.º 827.189.469-20, com domicílio ao Centro administrativo, Rodovia SC401 Km 5 nº 4600, Saco Grande II, Florianópolis-SC, CEP 88.032-000, **multas** previstas no art. 70 da Lei Complementar nº 202/2000 (estadual), em face de:

3.3.1 não repasse de valores constitucionalmente devidos aos municípios, nos termos de suas competências conforme Lei Complementar nº 381/2007 (estadual), em razão da sua iniciativa na contribuição da CELESC ao Fundosocial, por meio de DARE código 3662, demonstrada no teor dos seus ofícios remetidos (fls. 07 a 20), e registrar tais valores e outros como doações ao fundo, desconsiderando a natureza tributária/ICMS dos recursos do Fundosocial, desrespeitando os termos do inciso II art. 77 dos Atos Constitucionais Transitórios e arts. 198 e 212 da CF/88, visto que é o gestor do Sistema de Arrecadação Tributária-SAT e, conseqüentemente, considerando ainda o que orienta o art. 1º Decreto (estadual) nº 460/2015, excluí-los da partição aos municípios do Estado afrontando e repercutindo ausência de observação da alínea “b”, inciso V, art. 34 da CF/88, do art. 10

da Lei Complementar (federal) nº 63/90, do Acórdão da **ADI 53.161/TJSC**, da **Decisão TCE/SC** nº 521/2012, do inciso IV, art. 158 da Constituição Federal/1988, do inciso II, art. 133 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, dos arts. 26 e 27 da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014 (item 2.1.1.1 deste Relatório e item 2.1 do Relatório de Auditoria DCE nº 14/2016);

3.3.2 não repasse de valores devidos aos poderes e órgãos estaduais nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014, arts. 26 e 27, desrespeitando também o Acórdão da **ADI 53.161/TJSC e a natureza tributária/ICMS dos recursos recolhidos ao Fundosocial** (item 2.1.1.2 deste Relatório e item 2.2 do Relatório de Auditoria DCE nº 14/2016);

3.3.3 concessão de créditos presumidos à empresa CELESC em montante superior ao permitido, autorizada e orientada expressamente através de ofício (fl. 11), considerando suas competências previstas no inciso I e letras “a” e “b” do inciso IV do art. 58 da Lei Complementar nº 381/2007 (estadual), sem fundamento ou amparo do inciso XV do artigo 15 do Anexo 02 do Decreto nº 2.870/2001, até novembro de 2015 (item 2.1.1.3 deste Relatório e item 2.3 do Relatório de Auditoria DCE nº 14/2016);

3.4. Determinar a Secretaria de Estado da Fazenda que não realize concessão de créditos presumidos à empresa CELESC sob o embasamento do Decreto nº 516/2015 (item 2.1.1.3 deste Relatório);

3.5. Determinar ao Poder Executivo do Estado de Santa Catarina que promova o ressarcimento aos municípios de R\$ 198.952.185,50 (cento e noventa e oito milhões, novecentos e cinquenta e dois mil, cento e oitenta e cinco reais e cinquenta centavos), devidamente atualizados monetariamente, conforme a quota de cada um em relação ao ICMS no exercício de 2015 (item 2.1.1.1 deste Relatório e item 2.1 do Relatório de Auditoria DCE nº 14/2016);

3.6 Determinar ao Poder Executivo do Estado de Santa Catarina que promova o ressarcimento aos poderes e órgãos credores estaduais até o limite dos valores apurados no item 2.2 do Relatório de Auditoria DCE nº 14/2016, isto no caso de haver requisição de determinado poder e órgão formalizada à Secretaria de Estado da Fazenda e de acordo com seus respectivos limites percentuais previstos no art. 26 da Lei 16.445/2014 (estadual). (item 2.1.1.1 deste Relatório e item 2.2 do Relatório de Auditoria DCE nº 14/2016);

3.7 Determinar ao Poder Executivo do Estado de Santa Catarina **a sustação imediata das retenções das participações** constitucionais e legais relativas a todas as receitas do Fundosocial, decorrentes de créditos relativos ao ICMS

(itens 2.1.1.1 e 2.1.1.2 deste Relatório e itens 2.1 e 2.2 do Relatório de Auditoria DCE nº 14/2016);

3.8 Representar ao Ministério Público Estadual, ao Ministério Público Federal, e a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, em virtude das prerrogativas de cada poder e órgão, a íntegra do processo RLA 16/00022577, conforme poder/dever previsto no inciso XIV, art. 1º da Lei Complementar (estadual) nº 202/2000 desta Corte de Contas, considerando o desrespeito recorrente às imposições conjuntas do Acórdão da **ADI 53.161/TJSC, da Decisão TCE/SC nº 521/2012**, além do inciso IV, art. 158 da Constituição Federal/1988 e do inciso II, art. 133 da Constituição do Estado de Santa Catarina/1989, da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (estadual) nº 16.445/2014, arts. 26 e 27, da LDO (estadual) nº 16.672/2015, arts. 26 e 27, do Princípio Federativo e do Princípio da Essência Sobre a Forma em virtude da desconsideração recorrente da natureza tributária/ICMS de todos os recursos do Fundosocial, decorrentes de créditos relativos ao ICMS, gerando retenções indevidas de valores que não pertencem ao Poder Executivo, repercutindo em possíveis crimes de responsabilidade dos gestores superiores da administração estadual (inciso I, art. 71 da CE/89) nos termos dos incisos V, VI e VII do art. 72 da Constituição Estadual (crime de responsabilidade) em razão do não cumprimento das leis e das decisões judiciais, por contrariar a probidade na administração pública, inciso V, art. 72 da CE/89, em razão de “*não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados*” (neste caso, o Secretário de Estado da Fazenda pelo não repasse das participações aos municípios) “... *ou na prática de atos contrários à Constituição*” e leis, item 3 do art. 9º, item 4 do art. 10, item 1 do art. 12 c/c art. 74 da Lei (federal) 1.079/1950 e em razão de retenção ou apropriação indevida de recursos municipais (artigos 10 e 11 da Lei (federal) nº 8429/1992). (itens 2.1.1.1, 2.1.1.2, 2.1.1.3, 2.1.3.1 e 2.1.3.2 deste Relatório);

3.9 Dar ciência do Relatório Técnico e da Decisão ao senhor João Raimundo Colombo, Exmo. Governador do Estado de Santa Catarina; ao senhor **Antonio Marcos Gavazzoni**, Exmo. Secretário de Estado da Fazenda; ao senhor **Celso Antônio Calcagnotto**, Exmo. Secretário Executivo de Supervisão de Recursos Desvinculados da Casa Civil; e à **Secretaria de Estado da Fazenda** como órgão central do sistema administrativo de execução financeira do Estado de Santa Catarina.

3.10 Dar ciência do Relatório Técnico e da Decisão ao Tribunal de Justiça, à Assembleia Legislativa, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) para que, considerando a situação econômica e de acordo com suas necessidades de

caixa formalizem ou não à Secretaria de Estado da Fazenda a requisição, até o limite de que tem direito, do repasse de seus valores retidos relativos ao ano de 2015 calculados conforme seus respectivos limites percentuais previstos no art. 26 da Lei nº 16.445/2014 (estadual); (item 2.1.1.1 deste Relatório e item 2.2 do Relatório de Auditoria DCE nº 14/2016).

O Sr. Sandro José Neis, Procurador-Geral de Justiça, requereu informações acerca da tramitação do processo, bem como sobre a “eventual existência de outros procedimentos, no âmbito dessa e. Corte de Contas instaurados para apurar irregularidades na repartição constitucional de recursos por conta dispositivos estabelecidos em Convênios CONFAZ (fl.689). A resposta deu-se de acordo com o Ofício TC/GAP nº 19.361/2016 (fl.685).

Por seu turno, o Ministério Público de Contas, no Parecer nº MPTC/47156/2017, da lavra do Procurador Geral, Dr. Aderson Flores, manifestou-se no seguinte sentido (fls.694 – 730):

Ante o exposto, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, com amparo na competência conferida pelo art. 108, II, da Lei Complementar 202/2000, manifesta-se pela adoção das seguintes providências:

3.1 – ACOMPANHAMENTO por parte do Tribunal de Contas do cumprimento das medidas previstas nos parágrafos do art. 1º da Lei nº 17.053/2016, a exemplo do que ocorre com os processos de monitoramento decorrentes de auditorias operacionais realizadas pela Corte.

3.2 - RECOMENDAÇÃO ao CHEFE do PODER EXECUTIVO do ESTADO de SANTA CATARINA e ao GESTOR da SECRETARIA de ESTADO da FAZENDA que identifiquem como de natureza tributária os recursos que ingressam ao Fundo de Desenvolvimento Social - FUNDOSOCIAL, integrando-os ao montante destinado à repartição constitucional aos municípios, poderes e órgãos estaduais, de forma a contemplar o disposto no art. 158, IV, da Constituição, art. 133, II, a, da Constituição Estadual, Acórdão exarado na ADI nº 53.161 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, e Decisões nºs 521/2012 e 868/2016 do TCE/SC.

3.3 - RECOMENDAÇÃO ao CHEFE do PODER EXECUTIVO do ESTADO de SANTA CATARINA que atente para a necessidade de concessão de benefícios fiscais por lei específica, em obediência aos ditames do art. 150, § 6º, da Constituição.

Por fim, determinei a remessa dos autos ao Relator do processo n° PCG 17/00171094, Conselheiro Luiz Roberto Herbst, tendo em vista que o processo abarca fatos ocorridos no exercício de 2016 relacionados a matéria a ser apreciada nas contas do Governo.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O Relatório n° 14/2016 (fls. 199 - 215) sugeriu a audiência do Srs. João Raimundo Colombo, Governador do Estado, Antonio Marcos Gavazzoni, Secretário de Estado da Fazenda, e Celso Antonio Calcagnotto, Secretário Executivo de Supervisão de Recursos Desvinculados da Casa Civil. Duas foram as restrições para as quais houve a abertura do prazo para apresentação de justificativas, as quais passo a analisar.

II.1 – Ausência de repasse de valores constitucionalmente devidos aos Municípios, Poderes e Órgãos estaduais (Itens 2.1 e 2.2 do Relatório n° DCE 14/2016)

As possíveis irregularidades foram indicadas como de responsabilidade dos Srs. Governador do Estado, João Raimundo Colombo, Antonio Marcos Gavazzoni, Celso Antônio Calcagnotto, Secretário Executivo de Supervisão de Recursos Desvinculados da Casa Civil.

A Diretoria de Controle da Administração Estadual (DCE) descreveu que o Fundosocial é um fundo de natureza financeira destinado ao financiamento de programas e ações de desenvolvimento, geração de emprego e renda, inclusão e promoção social, inclusive nas áreas de cultura, esporte e turismo, educação especial e educação superior, conforme prevê o art.1° da Lei (estadual) n° 13.334/2005.

A equipe técnica registrou limitações ao trabalho da auditoria, devido a Secretaria de Estado da Fazenda em auditoria precedente ter negado o acesso deste Tribunal de Contas, sob alegação de sigilo fiscal (vide resposta ao ofício TCE/DCE/AUD 20.636/2015 (fls. 129 a 133) no RLA1500601222), a dados individuais de contribuintes, motivo pelo qual não se identificaram os demais contribuintes que contribuiriam ao fundo, além da empresa Celesc”(fl.200v).

Na auditoria, identificou-se procedimento adotado pelo Poder Executivo que repercutiu no montante de valores repassados a Municípios, Poderes e órgãos. Em homenagem à didática exposição dos fatos detectados contida no relatório que determinou a audiência dos responsáveis, reproduzo o trecho que os relata:

Durante o exercício de 2015 o Secretário de Estado da Fazenda solicitou, por meio de ofícios (fls. 07 a 20), que a empresa CELESC, nos termos do art. 2º da Lei 15.242/2010 (estadual), contribuísse ao FUNDOSOCIAL realizando recolhimentos nos códigos de receita 3654 - FUNDOSOCIAL - DOAÇÕES - SAÚDE- (classifica-se neste código a doação específica ao FUNDOSOCIAL) e código e 3662 - FUNDOSOCIAL - DOAÇÕES VINCULADAS À TTD (classifica-se neste código a doação ao FUNDOSOCIAL vinculados a TTD-Tratamento Tributário Diferenciado específicos), observa-se que a Portaria SEF 10/2016 de 29/01/2016, que instituiu os referidos códigos, possui data posterior ao efetivo uso destes códigos:

Tabela 1 – Ofícios da SEF solicitando contribuições à CELESC

Ofício	Valor cod. 3654 e 3662	Data do ofício
/2015	-	06/02/2015
225/2015	21.000.000,00	07/04/2015
245/2015	20.000.000,00	16/04/2015
297/2015	60.000.000,00	06/05/2015
372/2015	alterou códigos de 3654 para 3662	08/06/2015
377/2015	30.000.000,00	09/06/2015
499/2015	60.000.000,00	07/07/2015
525/2015	24.000.000,00	14/07/2015
574/2015	60.000.000,00	06/07/2015
640/2015	60.000.000,00	03/09/2015
672/2015	20.000.000,00	17/09/2015
716/2015	80.000.000,00	07/10/2015
794/2015	80.000.000,00	05/11/2015
918/2015	100.000.000,00	07/12/2015
Total solicitado	615.000.000,00	

Fonte: Ofícios do Secretário de Estado da Fazenda (fls. 07 a 20)

Após as solicitações a empresa CELESC, em obediência aos ofícios, realizou os recolhimentos conforme demonstra a tabela 2:

Tabela 2 – Recolhimentos realizados pela CELESC nos códigos 3654 e 3662

Cod. Receita	Data pagamento	Valor	Compensado na DIME do período
3654	10/04/2015	21.000.000,00	Março/2015
3654	20/04/2015	20.000.000,00	Abril/2015
3654	11/05/2015	30.000.000,00	Abril/2015
3654	22/05/2015	30.000.000,00	Maió/2015
3662	10/06/2015	30.000.000,00	Maió/2015
3662	10/07/2015	60.000.000,00	Junho/2015
3662	22/07/2015	24.000.000,00	Julho/2015
3662	10/08/2015	40.000.000,00	Julho/2015
3662	24/08/2015	20.000.000,00	Agosto/2015

3662	10/09/2015	60.000.000,00	Agosto/2015
3662	22/09/2015	20.000.000,00	Setembro/2015
3662	13/10/2015	40.000.000,00	Setembro/2015
3662	22/10/2015	40.000.000,00	Outubro/2015
3662	10/11/2015	40.000.000,00	Outubro/2015
3662	23/11/2015	40.000.000,00	Novembro/2015
3662	10/12/2015	100.000.000,00	Novembro/2015
Total recolhido		615.000.000,00	

Fonte: Guias de recolhimento da CELESC (fls. 178 a 195)

Posteriormente, os recolhimentos efetuados no código 3654 foram ajustados para o código 3662.

Os valores recolhidos pela empresa foram compensados integralmente com abatimento do ICMS a pagar, conforme demonstram os quadros 46 das DIMEs do período em questão (fls. 22 a 82) e sob a ciência e orientação do Secretário de Estado da Fazenda para preenchimento da DIME – Declaração do ICMS e do Movimento Econômico, conforme demonstra Ofício SEF nº 372/2015 (fl. 11).

Além das contribuições da CELESC, considerando os atuais benefícios fiscais relacionados ao ICMS, outros aportes foram realizados ao Fundosocial montando ao Estado um total de recursos na ordem de R\$ 1.128.114.171,12 (91,34% do total) e aos municípios de R\$ 106.932.240,11 (8,66% do total) em 2015 conforme Tabela 3 abaixo:

Tabela 3 – Receitas do Fundosocial - 2015

Receitas			Deduções		Saldo do Estado (R\$)
Conta	Descrição	Valor (R\$)	Conta	Valor (R\$)	
1730010000	Transf. Inst.Priv.- FUNDOSOCIAL	1.336.075.729,10		-207.961.557,98	1.128.114.171,12
1730010100	Transf. Inst.Priv.- FSOCIAL-Est	1.229.143.488,99		-101.029.317,87	1.128.114.171,12
1730010101	3700 - ICMS - Cta Gráfica	320.796.726,39	9730010101	-2.753,09	320.793.973,30
1730010105	3751 - Doação	11.527.313,80	9730010105	-15.857,98	11.511.455,82
1730010125	3662 - Doações Vinc. TTD	697.362.116,75	9730010125	-10.706,80	697.351.409,95
1730010126	3654 - Doações CELESC	101.000.000,00	9730010126	-101.000.000,00	0,00
1730010127	3638 - Doações Pagto. Integral	98.457.332,05			98.457.332,05
1730010200	Transf. Inst.Priv.- FSOCIAL-Mun	106.932.240,11	9730010200	-106.932.240,11	0,00

Fonte Sigef (fl. 136)

Em relação aos repasses aos poderes e órgãos estaduais, as receitas do Fundosocial de um determinado mês são transferidas no mês subsequente. Assim observaram-se no referido fundo R\$ 894.957.321,50 de receitas totais

liquidas (excluídas as receitas DARE 3751) e R\$ 304.775.808,39 (já excluídos 25% dos municípios) de receitas recolhidas especificamente através do código DARE 3700 entre os meses de janeiro a novembro de 2015. A partir destes valores, constatam-se repasses aos poderes e órgãos nos meses subsequentes (fevereiro a dezembro/2015) conforme tabela abaixo:

Tabela 4 – Comparativo de percentuais dos repasses aos poderes e órgãos estaduais sobre receita total* e receita código DARE 3700 (valores em R\$)

Poder/ Órgão	Repasses referente 2015 (exceto janeiro)	% LDO	% sobre Receita Total excluída a receita DARE 3751(de janeiro a novembro/ 2015)	% sobre Receita 3700 (estadual)
Alesc	13.745.388,96	4,51	1,54%	4,51%
Ministério Público/SC	11.916.734,11	3,91	1,33%	3,91%
TCE/SC	5.059.278,42	1,66	0,57%	1,66%
TJ/SC	28.374.627,76	9,31	3,17%	9,31%
UDESC	7.588.917,64	2,49	0,85%	2,49%
Total	66.684.946,89	21,88	7,45%	21,88%

* Receita total líquida excluída a receita do código DARE 3751 (sem condições de constatação da origem tributária do recurso em razão de alegação de sigilo fiscal)

Fonte: Sigef (fls. 139 a 143)

Nota-se que o Estado está aplicando os percentuais previstos na LDO/2015 (total de 21,88%), porém, restringe-se à receita originária dos códigos DARE 3700 e, ainda, não considera, antes da distribuição aos poderes e órgãos, o desconto dos 20% devidos ao FUNDEB. Os repasses aos poderes e órgãos representam 7,45% da receita líquida total do fundo (excluída a receita do código DARE 3751) e não 21,88%, conforme LDO. Portanto, o Estado entende que os recursos do Fundosocial, que possuem natureza tributária, se limitam àqueles procedentes das receitas das contribuições através do código DARE 3700.

Assim, para fins de cálculo de participação dos municípios, poderes e órgãos estaduais, somente os recursos que compõem a contribuição via código DARE nº 3700 são levados em conta, o restante fica integralmente com o Fundosocial/Poder Executivo. Ou seja, o Estado não considera a natureza tributária do restante dos recursos para dividí-los, conforme Decisões e legislação vigente.

No que diz respeito à apuração da Receita Líquida de Impostos – RLI para efeito de aplicação mínima em Saúde e Educação, conforme inciso II art. 77

dos Atos Constitucionais Transitórios e arts. 198 e 212 da CF/88, estritamente referente ao ICMS e ao Fundosocial, o Poder Executivo novamente exclui receitas de natureza tributária visto que utiliza as contas abaixo listadas para deduzir das receitas de ICMS:

Tabela 6 – Contas de receitas do Fundosocial que deduzem as receitas de ICMS para fins de cálculo da RLI

Conta de receita	Descrição
4.1.7.3.0.01.01.25	Doações Vinculadas a TTD -, Código DARE 3662
4.1.7.3.0.01.01.27	Doações Pagamento Integral - Código DARE 3638
4.1.7.3.0.01.01.05	Doação - Código DARE 3571

Diante destas observações verifica-se claramente a não inclusão de receitas de natureza tributária para fins de distribuição aos municípios, poderes e órgão estaduais e, ainda, para fins de cálculos constitucionais com o objetivo de aplicação mínima em Saúde e Educação, tornando o Fundosocial uma ferramenta concebida para a diminuição irregular dos compromissos legais do Estado ao arrecadar tributos/ICMS.

No que diz respeito aos Tratamentos Tributários Diferenciados – TTDs relacionados aos ingressos de recursos ao Fundosocial, a tabela abaixo demonstra suas vinculações com os DAREs e seus respectivos códigos de recolhimento:

Tabela 6 – Códigos de recolhimento DARE e relação com TTDs

Código DARE	TTD	Representa	Obrigatoriedade de contribuir ao fundo
3638	não é vinculado a TTD (vide ofício DIAT nº 05/2016)	Remissão de débitos tributários	alínea b do inciso I da cláusula segunda do convênio ICMS 84/2015
3662	47	Crédito do setor têxtil	alínea c do inciso I do § 10º do art. 21 do Anexo 2 do RICMS
	409	Operações com mercadoria importada	alínea d do item 8.3 do termo
	410	Operações com mercadoria importada	alínea d do item 8.3 do termo
	411	Operações com mercadoria importada	alínea d do item 8.3 do termo
	212	Pró-emprego	Item 7 da cláusula B do termo
	220	Pró-emprego	Item 11 da cláusula VII do termo
	222	Pró-emprego	Item 9 da cláusula VII do termo
	223	Pró-emprego	Item 9 da cláusula VII do termo

	224	Pró-emprego	Item 9 da cláusula VII do termo
3751	-	Outras Doações	Portaria SEF 100/05

Fonte: Termos de concessão de TTDs e Convênio ICMS 84/2015

Entre os outros contribuintes do fundo, além da CELESC, e recolhedores do código DARE 3662, estão os beneficiários importadores com Tratamento Tributário Diferenciado-TTD, TTDs códigos 409, 410 e 411, os beneficiários do setor têxtil e os beneficiários diversos, exceto benefícios na importação (fl. 97 e 94), estão também os beneficiários dos TTDs códigos 212, 220, 222, 223 e 224. O valor arrecadado relativo a estes contribuintes totaliza R\$ 82.351.409,95. Assim sendo, para receberem estes benefícios fiscais, a condição é que realizem a “contribuição” para o Fundosocial levando em conta a ocorrência do fato gerador do ICMS, posteriormente realiza-se o cálculo da diminuição do ICMS a recolher por conta do benefício e, finalmente, é realizado o cálculo do valor a recolher ao fundo sob o título de “doação” TTD.

Ainda, observa-se receitas de “doações” *pagamento integral*, código DARE 3638, remissão de débitos de ICMS, no valor de R\$ 98.457.332,05. Ou seja, o Estado, novamente por artifício legal, autoriza o sujeito passivo a não mais recolher a sua dívida de ICMS (lançada ou não em dívida ativa) e o obriga a depositá-la ao Fundosocial tendo a vantagem de pagar no máximo o principal do ICMS devido acrescido de 20% de juros e multa, conforme art. 1º Decreto (estadual) nº460/2015 do Governador, desconsiderando assim a natureza tributária destes recursos.

As outras “doações”, código DARE 3751, somando o valor de R\$ 11.511.455,82 em 2015, são consideradas contribuições espontâneas ao Fundosocial. Em razão do sigilo fiscal, à equipe de auditoria não foram liberadas informações a respeito da listagem destes contribuintes, tornando impossível confirmar a natureza dos mais de R\$11,5 milhões doados espontaneamente em 2015. Alerta-se que diante da análise da movimentação das receitas do Fundosocial em 2013 e da leitura da COM07-02-05-2013 da Secretaria da Fazenda do Estado (acessado no endereço eletrônico <http://www.sef.sc.gov.br/sites/default/files/COM07-13%20-%20CREDITO%20PRESUMIDO%20TEXTIL%20E%20FUNDOSOCIAL.pdf> em 03/02/2016) entende-se que as receitas do fundo geradas em razão de benefícios fiscais, até junho/2013, eram pagas através do DARE código 3751 e, após esta data, passaram a ser pagas através do DARE código 3662. Ademais, conforme documento COM07-02-05-2013 (fls. 151 e 152) da SEF, podem haver pagamentos na conta de receita 41730010105 (DARE código 3751) de contribuintes desavisados que deveriam passar a recolher através

do DARE 3662. Portanto, não é possível afirmar se parte ou o total dos recolhimentos na conta de receita 41730010105 (DARE 3751, R\$ 11.511.455,82) do fundo em 2015 são de natureza tributária ou espontâneos.

A situação encontrada levou a DCE a apontar as restrições que deram ensejo à audiência. No seu entender, a desconsideração da natureza tributária de recursos vertidos ao Fundosocial afronta o julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina concernente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 53161, o qual concluiu que dos recursos angariados pelo Fundo deve-se deduzir os percentuais devidos aos Poderes e Órgãos, bem como do artigo 14, § único, da Lei (estadual) nº 13.334/2005, na redação conferida pela Lei (estadual) nº 13.356/2005, que garante a destinação aos Municípios de 25% (vinte e cinco por cento) dos recursos do Fundo relacionados à arrecadação de ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestação de serviços. Saliou, ainda, que a divisão da arrecadação do ICMS com os Municípios é imposição constitucional por força do art. 158, IV, da Constituição Federal.

A área técnica destacou a Decisão nº 521/2012, exarada por esta Corte de Contas no processo REC 11/00102482, para a qual as “doações” e “transações” efetuadas pelos contribuintes ao Fundosocial possuem natureza jurídica de tributo. Também segundo a DCE (fl.204v):

Considerando o montante das contribuições da CELESC no valor de R\$ 615.000.000,00, sob o código de recolhimento 3662, verifica-se que o Estado deixou de realizar o depósito de R\$ 153.750.000,00 que pertencem aos municípios catarinenses.

Considerando o montante das contribuições e doações, exceto as da CELESC e as contribuições código DARE 3700 e 3751, verifica-se o total de R\$ 180.808.742,00, deste valor o Estado deixou de realizar o depósito de R\$ 45.202.185,50 (25%) que pertencem aos municípios catarinenses. Reitera-se que receitas de 2015 provenientes do DARE 3751 não foram analisadas quanto a sua origem tributária por motivos de sigilo fiscal alegado pelo Estado.

Portanto, considerando a natureza tributária/ICMS de recursos do Fundosocial, o montante não repassado aos municípios importa em R\$ 198.952.185,50 em 2015.

Nas justificativas, o Sr. João Raimundo Colombo, Governador do Estado, afirmou que a “Secretaria de Estado da Fazenda está reavaliando os procedimentos às

contribuições para o Fundosocial e estudando as medidas que deverão ser adotadas visando à correção de eventuais irregularidades que vierem a ser identificadas” (fl.392).

Na sua defesa, o Sr. Antônio Marcos Gavazzoni, Secretário de Estado da Fazenda, afirmou que devido aos debates ocorridos na Sessão do Tribunal de Contas que apreciou as contas do Estado de 2015 determinou ao corpo técnico da Secretaria de Estado da Fazenda que verificasse as ações relativas aos atos questionados na auditoria, e que tanto a Diretoria de Administração Tributária quanto a Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda “avaliaram que as contribuições realizadas pela CELESC ao FUNDOSOCIAL estavam devidamente amparadas no Convênio ICMS 85/04 e no art. 15, XV, do Anexo II do Regulamento do ICMS” (fl.396).

Além disso, alegou que a discussão não é apenas jurídica, “uma vez que os procedimentos, que agora estão sendo revistos, tiveram por foco assegurar recursos imprescindíveis para a manutenção de serviços públicos essenciais, num contexto de grave crise financeira e de queda de arrecadação” (fl. 396). Mencionou os números negativos da economia brasileira e defendeu as ações do Poder Executivo estadual para enfrentar esse cenário, dentre elas “a utilização do convênio nº 85 do Confaz, que desvincula temporariamente parte da receita e adiciona recursos para áreas sociais como a saúde” (fl.402). Defendeu que as contribuições realizadas pela Celesc ao Fundosocial são respaldadas pelos arts. 150, §6º, e 155, §2º, XII, g, da Constituição Federal, pela Lei Complementar (federal) 24/1975 e pelo Conselho Nacional de Política Fazendária.

De acordo com o responsável, os “recursos foram arrecadados mensalmente e um novo orçamento foi criado por conta dessa arrecadação não prevista para o pagamento de parte da Folha de Inativos, despesas da Secretaria de Assistência Social Trabalho e Habitação, Fundo Penitenciário e Fundo Estadual de Saúde” (fl.402). Conforme os dados descritos à fl. 403, R\$ 288.900.000,00 (duzentos e oitenta e oito milhões e novecentos mil reais) foram destinados para o Fundo Estadual de Saúde; 214.601.940,07 (duzentos e quatorze milhões, seiscentos e um mil, novecentos e quarenta reais e sete centavos) para a Folha de Inativos; R\$97.300.000,00 (noventa e sete milhões e trezentos mil reais) para o Fundo Penitenciário; e R\$14.198.059,93 (quatorze milhões, cento e noventa e oito mil, cinquenta e nove reais e noventa e três centavos) para a Secretaria de Assistência Social Trabalho e Habitação (fl.403).

O responsável também tece considerações sobre o suposto prejuízo aos Municípios, alegando que “Na prática, não houve perdas para os municípios nem para as áreas de Saúde e Educação. Do contrário: entregamos quantias bem superiores por outros meios, como transferências voluntárias” (fl.404). Assevera que os Municípios em 05 (cinco)

anos receberam a título de transferências voluntárias o total de 01 (um) bilhão e 500 (quinhentos) milhões de reais (fl. 404).

No tocante às vinculações constitucionais, pontua:

“Em situações como a atual, as vinculações obrigatórias e seus percentuais produzem verdadeira disparidade entre órgãos e serviços públicos, todos importantes, mas alguns prioritários, como as finalidades sociais atendidas pelo executivo.

A Udesc, por exemplo, em ofício enviado à Secretaria da Fazenda (anexo), como reposição de sua quota, pleiteia R\$17 milhões, porém, direciona tais recursos para aumento salarial de seus servidores. Assim, enquanto faltam recursos para manter a estrutura de órgãos como o Hemosc e o Cepon, sobram em outros, cuja prioridade é o aumento salarial. Não seria o caso, portanto, de flexibilizar as regras de transferência obrigatória?

Aliás, precedentes do STF já proclamaram a inconstitucionalidade de vinculações de percentuais da receita para fins de repasses a poderes e órgãos.(...)

Na dicção do art. 167, inc. IV, da Constituição Federal, são vedadas as vinculações de receitas de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas 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 (...).

(...)

Não é sem razão que dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias, cujo teor tem se repetido ao longo dos anos, ao fixar a abrangência do Conceito de Receita Líquida Disponível-RLD, como por exemplo a Lei 16.445, de 2014, art.27, estabelecem a observância ao disposto no inciso V do art. 123 da Constituição Estadual:

‘Art.27. Para fins de atendimento ao disposto no art.26 desta Lei, considera-se RLD, observado o disposto no inciso V do art.123 da Constituição do Estado (...).’

Essas vinculações produzem distorções inconcebíveis em tempos de grave crise, reduzindo a disponibilidade de recursos para a efetivação de políticas públicas consagradoras dos direitos fundamentais, tais como educação, saúde, moradia e segurança.

Além disso, em âmbito nacional, nasce o questionamento sobre a forma como se apura a base de cálculo para saúde e educação com base nos preceitos Constitucionais que disciplinam a matéria.

A destinação de recursos para a Saúde deve obedecer ao disposto no art.198, §2º, II da Constituição Federal, que contém a seguinte redação:

'Art.198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

(...)

II – No caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art.155 e dos recursos de que tratam os arts.157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

(...)'

No Estado de Santa Catarina, a base de cálculo utilizada para fins de apuração dos valores a serem repassados a título de duodécimo aos Poderes, Órgãos Constitucionais e à UDESC deixa de observar o citado dispositivo constitucional. Deixa de observar porque o cálculo dos duodécimos ocorre antes do cálculo dos valores a serem destinados à saúde e à educação (excetuado o FUNDEB).

Isso, entretanto, não impacta no percentual mínimo a ser aplicado na função saúde: 12%. Não impacta porque o Poder Executivo, com recursos que poderiam estar custeando relevantes despesas públicas em segurança pública, assistência social e mesmo em saúde e educação, cobre a parcela derivada dos 12% que não incidiu sobre os recursos repassados a título de duodécimo.

A sistemática contrária, também, o art.29 da Lei Complementar nº 141/2012, que dispõe:

'Art. 29. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios excluir da base de cálculo das receitas de que trata esta Lei Complementar quaisquer parcelas de impostos ou transferências constitucionais vinculadas

a fundos ou despesas, por ocasião da apuração do percentual ou montante mínimo a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde.

(...).

Da mesma forma que ocorre com os 12% da Saúde, o cálculo do mínimo a ser aplicado em Educação só se efetiva após o cálculo do duodécimo. Entretanto, neste caso, como a parcela do FUNDEB (20%) já foi excluída, o Poder Executivo acaba arcando com os 5% restantes.”

O responsável, a partir das suas alegações sobre a suposta inconstitucionalidade da forma de cálculo do repasse aos Poderes e Órgãos, apresenta valores que teriam ficado disponíveis ao Poder Executivo para atender demandas sociais, valores esses relacionados por Poder ou Órgão.

Segundo o Sr. Secretário de Estado da Fazenda, entre 2011 e 2015 ficariam no Executivo as seguintes quantias, caso o percentual de 12% houvesse sido calculado sobre a Receita Líquida Disponível que considera correta: Assembleia Legislativa: R\$ 348.549.168,74 (trezentos e quarenta e oito milhões, quinhentos e quarenta e nove mil, cento e sessenta e oito reais e setenta e quatro centavos); Tribunal de Contas: R\$ 129.023.873,74 (cento e vinte e nove mil, vinte e três milhões, oitocentos e setenta e três reais e setenta e quatro centavos); Tribunal de Justiça: R\$ 719.551.908,42 (setecentos e dezenove milhões, quinhentos e cinquenta e um mil, novecentos e oito reais e quarenta e dois centavos); Ministério Público: R\$ 302.309.689,58 (trezentos e dois milhões, trezentos e nove mil, seiscentos e oitenta e nove reais e cinquenta e oito centavos); UDESC: R\$ 192.408.543,57 (cento e noventa e dois milhões, quatrocentos e oito mil, quinhentos e quarenta e três reais e cinquenta e sete centavos).

No seu entendimento, o Executivo deixou de ter disponível a quantia de R\$ 1.691.843.184,06 (um bilhão, seiscentos e noventa e um milhões, oitocentos e quarenta e três mil, cento e oitenta e quatro reais e seis centavos) (fl.408).

Tabela semelhante foi apresentada em relação à educação, apontando o quanto a área teria perdido por Poder ou Órgão: Assembleia Legislativa: R\$ 183.185.369,25 (cento e oitenta e três milhões, cento e oitenta e cinco mil, trezentos e sessenta e nove reais e vinte e cinco centavos); Tribunal de Contas: R\$ 67.799.834,46 (sessenta e sete milhões, setecentos e noventa e nove mil, oitocentos e trinta e quatro reais e quarenta e seis centavos); Tribunal de Justiça: R\$ 378.170.754,01 (trezentos e setenta e oito milhões, cento e setenta mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e um centavo); Ministério Público: R\$ 158.881.869,11 (cento e cinquenta e oito milhões, oitocentos e oitenta e um mil, oitocentos e

sessenta e nove reais e onze centavos); UDESC: R\$ 101.123.377,34 (cento e um milhões, cento e vinte e três mil, trezentos e setenta e sete reais e trinta e quatro centavos).

Com isso, diz o responsável, o Executivo deixou de ter disponível a quantia de R\$ 889.161.204,16 (oitocentos e oitenta e nove milhões, cento e sessenta e um mil, duzentos e quatro reais e dezesseis centavos (fl.409).

Expostas as razões da DCE e dos responsáveis é possível tratar de forma conclusiva a restrição.

À partida, vê-se que as justificativas acostadas aos autos pelos responsáveis são oscilantes, ora defendendo a constitucionalidade e legalidade das operações objurgadas, ora comprometendo-se a revê-las e, em contradição com a primeira posição, chegando a submeter à Assembleia Legislativa Projeto de Lei em que propunha o Sr. Governador do Estado a “convalidação” dos atos descritos como irregulares, o que, por certo, denota o reconhecimento por parte do Executivo de que ilegalidade houve, tanto que reclamou medida saneadora.

De outra parte, os argumentos tendentes a dar suporte aos atos em causa não encontram qualquer arrimo na legislação, como se verá.

O responsável Sr. Antonio Marcos Gavazzoni, Secretário de Estado da Fazenda, alega que “as contribuições realizadas pela Celesc ao FUNDOSOCIAL por meio do convênio nº 85/2004 – são uma prática respaldada na Constituição Federal (Art.150 §6º e Art. 155, §2º XII, “g”), pela Lei Complementar Federal nº 24/1975 e pelo Conselho Nacional de Política Fazendária” (fl.402). Todavia, a simples leitura dos termos do Convênio nº 85/2004 demonstra a inexistência de qualquer autorização para o Estado descaracterizar a natureza dos recursos doados ao Fundosocial, notadamente para efeito da repartição constitucional de receitas e da aplicação da legislação orçamentária estadual.

O Convênio ICMS nº 85/2004, aprovado na 115ª reunião ordinária do CONFAZ de 24 de setembro de 2004, autorizava a concessão de crédito presumido de ICMS à Celesc Distribuição no percentual de até 3% (três por cento) do imposto devido:

Cláusula primeira Fica o Estado de Santa Catarina autorizado a conceder crédito presumido do ICMS de até 3% (três por cento) a Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. - CELESC, calculado sobre o valor do imposto a recolher no mês.

Parágrafo único O valor resultante do benefício de que trata o *caput* deverá ser aplicado na execução do Programa Luz para Todos.

Ao longo do tempo o Convênio foi sofrendo alterações, tanto para aumentar o percentual admitido de crédito presumido sobre o valor de ICMS devido pela Celesc quanto para ampliar as possibilidades de destinação dos recursos, que originariamente eram direcionados unicamente ao programa Luz para Todos. Nesse cenário, o Convênio ICMS 153, de 5 de dezembro de 2008, aumentou o percentual para 3,5% e admitiu a destinação dos recursos também para outros programas de universalização do acesso à energia¹.

Importante alteração ocorre com o **Convênio ICMS 25 de 22 de abril de 2015**, ou seja, **já dentro do exercício financeiro em que começaram a ser praticados os atos questionados**. Houve o aumento do percentual admitido de crédito presumido para **11% (onze por cento)**, ampliando-o significativamente depois de cerca de 07 (anos) sem modificação do percentual e, pela primeira vez, autorizou-se a destinação de recursos para finalidades não relacionadas à área de energia. Eis os termos do Convênio:

Altera o Convênio 85/04, que autoriza o Estado de Santa Catarina a conceder crédito presumido para a execução do Programa Luz para Todos.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 238ª reunião extraordinária, realizada em Brasília, DF, no dia 22 de abril de 2015, tendo em vista na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte

C O N V Ê N I O

Cláusula primeira

Ficam alterados os seguintes dispositivos do [Convênio ICMS 85/04](#), de 24 de setembro de 2004, com seguinte redação:

I - a ementa:

“Autoriza a concessão de crédito presumido de ICMS para a execução de programas sociais.”;

II - a cláusula primeira:

¹ “**Cláusula primeira** A cláusula primeira do [Convênio ICMS 85/04](#), de 24 de setembro de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Cláusula primeira Fica o Estado de Santa Catarina autorizado a conceder crédito presumido do ICMS à Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. - CELESC, a ser apropriado mensalmente, não podendo exceder, em cada ano, a 3,5% do imposto a recolher do mesmo período.

Parágrafo único. O valor resultante do benefício de que trata o *caput* deve ser aplicado na execução do Programa Luz para Todos e em outros programas sociais relacionados a universalização de disponibilização da energia.”.

Cláusula segunda Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional.”

“Cláusula primeira Fica o Estado de Santa Catarina autorizado a conceder crédito presumido do ICMS à Celesc Distribuição S.A., inscrita no CNPJ 08.336.783/0001-90, a ser apropriado mensalmente, não podendo exceder, em cada ano, a 11% (onze por cento) do imposto a recolher do mesmo período.

Parágrafo único. O valor resultante do benefício de que trata o *caput* deve ser aplicado na execução do Programa Luz para Todos, em programas sociais relacionados a universalização de disponibilização da energia e no Fundo Estadual de Saúde previsto na Lei nº 5.254, de 27 de setembro de 1976, ou ao Fundo de Desenvolvimento Social - FUNDOSOCIAL previsto na Lei 13.334, de 28 de fevereiro de 2005.

(...). (sublinhei)

No exercício de 2015 adveio outra alteração, aumentando o percentual autorizado para a concessão de crédito presumido para **40% (quarenta por cento) do imposto mensal** devido pela Celesc Distribuição S.A.. Isto é, após anos de vigência do Convênio, alterações promovidas durante 2015 não apenas alargaram o horizonte de possibilidades de destinação dos recursos, como também autorizaram um aumento vertiginoso do percentual tolerado para a concessão de crédito presumido à Celesc.

A mencionada alteração veio já no final de 2015, mediante o **Convênio ICMS 133, de 04 de novembro de 2015**, *verbis*:

Cláusula primeira Fica o Estado de Santa Catarina autorizado a conceder crédito presumido do ICMS à Celesc Distribuição S.A., inscrita no CNPJ 08.336.783/0001-90, a ser apropriado mensalmente, não podendo exceder, em cada ano, 40% (quarenta por cento) do imposto a recolher do mesmo período.

Parágrafo único. O valor resultante do benefício de que trata o *caput* deverá ser aplicado:

I - na execução do Programa Luz para Todos, em programas sociais relacionados a universalização de disponibilização da energia;

II - no Fundo Estadual de Saúde previsto na Lei nº 5.254, de 27 de setembro de 1976;

III - no Fundo de Desenvolvimento Social - FUNDOSOCIAL previsto na Lei 13.334, de 28 de fevereiro de 2005, cujo valor poderá ser aplicado em programas de educação especial ou na reeducação e reinserção social².

A descrição da origem e do histórico das alterações empreendidas no Convênio CONFAZ 85/2004 denota a insustentabilidade da tese da defesa. Desde os seus primórdios o citado Convênio trata de concessão de crédito presumido de ICMS, e jamais previu que esse seria desconsiderado para efeito de cômputo dos valores considerados na repartição constitucional de receitas tributárias entre os entes federados, para o cálculo da destinação constitucional de recursos à saúde e à educação e para efeito de aplicação da legislação orçamentária estadual.

De outra parte, jamais o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) poderia estatuir comando normativo na acepção imaginada pela defesa. Admitir que o Confaz pudesse interferir na incidência de regras constitucionais ou na aplicação da legislação orçamentária dos entes federados seria uma proposição intolerável, isso porque significaria o deferimento ao Conselho do poder para recusar a aplicação de preceitos da Constituição Federal e das leis orçamentárias aprovadas pelas Assembleias Legislativas.

Inconteste, pois, que a desconsideração de recursos vertidos por contribuintes (dentre eles a Celesc, que aportou o maior valor) para efeito de cálculo do valor a ser destinado aos Municípios por força do art. 158, IV, da Constituição Federal³, e aos Poderes e Órgãos frente aos preceitos da legislação orçamentária estadual, além do reflexo nos recursos para a educação e a saúde não decorreu da aplicação de convênio ou norma legal, e sim de um puro exercício de “contabilidade criativa”, com o evidente intento de impedir que a parte devida aos Municípios e aos Poderes e Órgãos fosse de fato destinada a quem de Direito. E mais, com o efeito de interferir no resultado do exercício, causando verdadeira distorção, ao apresentar como de disponibilidade do Executivo recursos que não eram de sua esfera.

Saliento que sequer se pode alegar a existência de mero equívoco. A Lei (Estadual) n° 13.334/2005, instituidora do Fundosocial, foi objeto da Ação Direta de

² Nova alteração foi promovida em 2016 na forma do Convênio ICMS 96 de 23 de setembro, para incluir o Estado de Goiás na autorização para a concessão de créditos presumidos à Celg Distribuição S.A., todavia, com destinação circunscrita ao Programa Luz para Todos e projetos energéticos.

³ “Art. 158. Pertencem aos Municípios:

(...);

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Inconstitucionalidade nº 2005.005756-1, na qual decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

*“por maioria de votos, julgar parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na ação direta para (...) **emprestar aos artigos impugnados (art. 2º, III; §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 8º - excluído o caput -; art. 9º e seus parágrafos; art. 10; e art. 16) interpretação conforme a Constituição Estadual, determinando que dos recursos angariados ao FUNDOSOCIAL, decorrentes de créditos relativos ao ICMS, sejam deduzidos os percentuais devidos ao Tribunal de Justiça, à Assembléia Legislativa, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC), procedendo-se aos respectivos depósitos na forma da lei.***

(...). (grifei)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade transitou em julgado em 06/11/2007, mais de 08 (oito) anos antes dos atos elencados pela auditoria. Portanto, sequer poderia se falar de eventual desconhecimento da decisão do E. Tribunal de Justiça.

Não fosse isso suficiente, há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a concessão de qualquer incentivo tributário depende da aquiescência do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Não obstante, a autorização desse órgão não confere ampla liberdade ao Estado para conceder o benefício, sendo impositivo, por exemplo, o respeito às regras de repartição da receita tributária, como já decidiu a Corte Suprema no Recurso Extraordinário nº 572762, em litígio sobre a concessão de benefício fiscal via PRODEC pelo Estado de Santa Catarina, sem observar a parcela do ICMS garantida ao Município. O trânsito em julgado ocorreu em 14/10/2008. É a ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. **RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios.**

II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual.

III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido.

Chama a atenção nos elementos contidos nos autos que a irregularidade chega a ser mais grave do que aquilo inicialmente apontado pela área técnica. A Informação DIAT nº 30/2016, da Diretoria de Administração Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda (fls. 571 – 586), descortina os procedimentos do Poder Executivo estadual para furtar-se da autoridade da decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferida na Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 2005.005756-1. A argumentação descreve com precisão como o Executivo adotou vias distorcidas de interpretação/aplicação do Direito para escapar dos comandos do *decisum*, comportamento inaceitável sob todos os aspectos. Vejamos.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2005.005756-1 foi proposta em 15/03/2005 contra dispositivos da redação original da Lei (Estadual) nº 13.334/2005, que instituiu o Fundosocial. Dentre eles o art.8º e seus parágrafos, que dispunham o seguinte:

Art. 8º Fica vinculado a programa de apoio à inclusão e promoção social desenvolvido pelo FUNDOSOCIAL, até 05% (cinco décimos por cento) da receita tributária líquida, na forma estabelecida no parágrafo único do art. 204 da Constituição Federal.

§ 1º Os programas desenvolvidos pelo FUNDOSOCIAL poderão contar com a participação e colaboração de pessoas jurídicas contribuintes do ICMS, cujo valor de contribuição poderá ser compensado em conta gráfica, até o limite de 5% (cinco por cento) do valor do imposto mensal devido⁴.

§ 2º Incidirá sobre o crédito em conta gráfica do ICMS, decorrente da doação feita ao FUNDOSOCIAL, na forma do parágrafo anterior, um percentual de 10% (dez por cento), a título de estímulo às contribuições.

⁴ Após, a Lei (Estadual) nº 13.633/2005 elevou o percentual admitido para 6%: percentual esse mantido nas alterações posteriores: “§ 1º Os programas desenvolvidos pelo FUNDOSOCIAL poderão contar com a participação e colaboração de pessoas jurídicas contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e de Comunicação - ICMS, cujo valor de contribuição poderá ser compensado em conta gráfica, até o limite de 6% (seis por cento) do valor do imposto mensal devido que será devido da seguinte forma: (...)”.

§ 3º A compensação prevista no § 1º dependerá de autorização prévia da Secretaria de Estado da Fazenda, formulada em requerimento próprio previsto no Regulamento do FUNDOSOCIAL.

§ 4º Este benefício poderá ser suspenso, temporariamente, por ato do Chefe do Poder Executivo, toda a vez que sua concessão vier a prejudicar o fluxo de desembolso das atividades de custeio e investimento da Fazenda Estadual.

A esses dispositivos o E. Tribunal de Justiça conferiu interpretação conforme à Constituição, “determinando que dos recursos angariados ao FUNDOSOCIAL, decorrentes de créditos relativos ao ICMS, sejam deduzidos os percentuais devidos ao Tribunal de Justiça, à Assembléia Legislativa, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC), procedendo-se aos respectivos depósitos na forma da lei”.

Fica nítido o sentido do julgado: admitiu-se a “participação e colaboração” ao Fundosocial de contribuintes do ICMS. Contudo dos recursos angariados a Fundo, decorrentes de créditos relativos ao ICMS, devem ser deduzidos os percentuais devidos aos Poderes e aos Órgãos.

Obviamente, o fundamento da decisão judicial não poderia ser outro: **tratando-se de recursos oriundos de contribuintes do ICMS e, nunca é demais repetir, de créditos relativos ao ICMS, a natureza desse crédito (tributário) determina a incidência das regras de repartição de receita tributária e de percentuais devidos a Poderes e Órgãos.** É a natureza do crédito que determina a aplicação dessas regras, e não o artigo da Lei nº13.334/2005 ou o percentual máximo de contribuição nele previsto. Essa é a cristalina *ratio decidendi* do Acórdão do Tribunal de Justiça.

Entretanto, que a Unidade Gestora alicerçou-se em uma engenhosa interpretação para furtar-se da *ratio* do retrocitado Acórdão. Cito excertos do parecer da Diretoria de Administração Tributária que explicam o *modus operandi* que teria conferido ares de legalidade às condutas praticadas. Após explanar sobre o suporte legal para a ampliação do limite máximo de contribuição para até 20%, diz o parecer (fls.576 – 579):

“Assim, as doações realizadas por contribuintes do ICMS mediante compensação em conta gráfica, com base no art.8º da Lei 13.334/2005, limitadas a 20% (art.8º, §3º, da Lei nº 13.336/2005), devem ter o produto de sua arrecadação submetido às repartições constitucionais e legais, por força da decisão do Acórdão da ADI 53.161/TJSC.

Contudo, essa doação de pessoas jurídicas não é a única fonte de financiamento do FUNDOSOCIAL, haja vista que a própria Lei 13.334/2005 prevê, em seu artigo 2º, IV, a possibilidade de novas fontes:

Art.2º O FUNDOSOCIAL é constituído com recursos desvinculados provenientes das seguintes fontes:

IV – outros recursos que lhe venham a ser destinados.

A leitura do dispositivo legal nos permite concluir que as fontes de financiamento do FUNDOSOCIAL não representam uma lista taxativa, haja vista que o inciso IV, que não foi objeto de impugnação por parte do TJSC, assegura a possibilidade de 'outros recursos que lhe venham a ser destinados'. Dessa forma, é lícito afirmar que o Administrador Público, ao instituir novas formas de financiamento, não extrapola os limites impostos pelo legislador ordinário.

Tendo em vista que aqueles que têm maiores condições financeiras de contribuir para o FUNDOSOCIAL são exatamente os contribuintes do ICMS, nada mais razoável unir os objetivos sociais aos da política tributária estadual. Nesse sentido, introduziu-se uma nova forma de financiamento do FUNDOSOCIAL que, diferentemente daquela prevista no art.8º da própria Lei, constitui-se de doações realizadas por contribuintes do ICMS em contrapartida à fruição de benefícios fiscais.

Dentre eles, podemos citar os incentivos concedidos ao setor têxtil (art. 15, XXXIX, RICMS/SC) que, para que eles possam reduzir a tributação de 17%, com apuração de débitos e créditos, para uma carga efetiva de 3%, devem contribuir para um determinado fundo, conforme a seguir.

(...).

Da mesma forma, estabeleceu-se um benefício específico para a CELESC, nos termos do art. 15, XV, RICMS/SC, autorizado pelo Convênio ICMS nº 85/2004, *in verbis*:

(...).

Tendo em vista que a remissão de crédito tributário de ICMS, nos termos do art.10 da Lei Complementar nº 24/75, é considerada, para todos os efeitos, um benefício fiscal, devendo, portanto, a sua concessão ser aprovada pelas Unidades Federadas. Por conta disso, foi autorizado à Santa Catarina, a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, inscritos em dívida ativa ou não, relativos à apuração do ICMS devido, cujos fatos geradores tenham ocorridos até 31 de dezembro de 2014.

(...).

Com base nos exemplos acima, é possível perceber que as doações realizadas nos códigos 3700 e nos demais códigos são distintas, pois têm origem legal distinta. Enquanto a primeira encontra fundamento de validade na própria lei do FUNDOSOCIAL, objeto de apreciação pelo Tribunal, e que tem o produto de sua arrecadação vinculado às repartições legais e constitucionais; a segunda tem origem os Convênios de ICMS celebrados no âmbito do CONFAZ, nos termos da Lei Complementar nº 24/1975 e do art. 155, §2º, XII “g”, CF, umbilicalmente ligada à política tributária estadual instituída pelo Estado, nos limites da autonomia conferida pelo texto constitucional do seu poder de tributar.

(...).”

A insustentabilidade da justificativa apresentada é manifesta.

Primeiro, porque trata-se de fundamentação *a posteriori* dos atos administrativos que não encontra respaldo no motivo invocado pelo próprio administrador quando da prática dos mesmos.

Segundo, porque se apega ao corolário do efeito vinculante da sentença apenas quanto ao seu dispositivo para daí fundamentar atuação administrativa inconstitucional e ilegal.

Terceiro, porque pressupõe que o CONFAZ pode “revogar” a Constituição e as leis orçamentárias do Estado de Santa Catarina.

Quarto, porque a infundada interpretação afronta o próprio Convênio nº 85/2004, do qual a Secretaria da Fazenda intenta extrair fundamento de validade para a sua atuação.

Quinto, e último, por ser patente que não apenas a Celesc foi “doadora” de recursos. Logo, quanto aos demais contribuintes nem em tese se poderia falar de autorização do CONFAZ.

Em relação ao **primeiro** ponto, é patente nos autos que as solicitações de contribuição para o Fundosocial enviadas à Celesc pelo Sr. Secretário de Estado da Fazenda (fls.7 – 21) invocaram expressamente (ou, quando não o fizeram, remeteram a Ofícios que assim indicaram) como fundamento da solicitação o art. 2º da Lei (Estadual) nº 15.242/2010, cujo teor estatui que:

Art. 2º Mediante autorização prévia da Secretaria de Estado da Fazenda, o contribuinte do ICMS poderá efetuar contribuições para o desenvolvimento dos programas de que trata a Lei nº 13.334, de 28 de

fevereiro de 2005, arbitrando-as com base no montante do imposto por ele recolhido no ano civil anterior, podendo ser recolhidas integralmente em um único mês, ou parceladamente, durante o exercício.

§ 1º **As contribuições não poderão ser efetuadas em limite inferior ao disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 13.334, de 2005, ou superior ao patamar fixado no art. 8º, § 3º, da Lei nº 13.336, de 08 de março de 2005**, podendo ocorrer a suspensão do benefício, temporariamente, por ato do Chefe do Poder Executivo, toda a vez que sua concessão vier a prejudicar o fluxo de desembolso das atividades de custeio e investimento da Fazenda Estadual.

§ 2º As disposições deste artigo não se aplicam aos projetos e ações descritos no art. 8º, § 1º, incisos II e III, da Lei nº 13.334, de 2005, aos quais ficam mantidos os percentuais já estabelecidos.

§ 3º Não se aplicam às contribuições efetuadas com base neste artigo as disposições dos §§ 2º e 6º do art. 8º da Lei nº 13.336, de 2005. (grifei)

Os ofícios com as solicitações de contribuições à Celesc são textuais no fundamento do requerimento, fazendo expressa menção à Lei nº 13.334/2005. E essa referência não se tratou de mero erro, como tentou fazer crer a Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Fazenda (fl.440), pois a indicação é recorrente, como comprovam ofícios emitidos em fevereiro (fl.07), abril (fl.08), maio (fl.10), junho (fl.12), julho (fls.13, 14 e 15), setembro (fls. 16 e 17), outubro (fl.18), novembro (fl.19) e dezembro de 2015 (fl.20), e janeiro de 2016 (fl.21).

É de se ressaltar que até abril de 2015, ou seja, quando já havia principiado as solicitações de contribuições à Celesc com base no art. 2º, §1º, da Lei (Estadual) nº 15.242/2010, que autorizavam contribuições em percentual superior a 6% (seis por cento) até 20% do imposto devido, o requerimento da Secretaria da Fazenda nem em hipótese poderia fundar-se no Convênio CONFAZ nº 85/04. Afinal, **esse não previa contribuição superior a 6% (seis por cento), na forma como admitiu a Lei.**

Aliás, apenas em abril o percentual aceito pelo Convênio CONFAZ nº 85/04 foi modificado para 11% (onze por cento), e somente em novembro de 2015, na forma do Convênio ICMS 133, de 04 de novembro, houve o aumento para 40% (quarenta por cento), isso quando várias solicitações de contribuição haviam sido enviadas à Celesc.

Axiomático, nessas circunstâncias, que as contribuições embasaram-se na Lei nº 13.334/2005 e foram vertidas ao Fundosocial pela Celesc na qualidade de contribuinte do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de

Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), enquadrando-se perfeitamente no *caput* do art. 8º da mencionada Lei, aplicáveis os seus parágrafos com as excepcionalidades previstas na Lei (Estadual) nº15.242/2010. **Por via de consequência, caracterizou-se o descumprimento da decisão judicial proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2005.005756-1.** O fato de o Convênio CONFAZ nº 85/2004 em nada interfere nessa conclusão, afinal, o Convênio apenas autorizou o benefício tributário, cuja concessão dependia da observância da legislação estadual. O CONFAZ jamais pode subverter a autonomia estadual e a competência constitucional da Assembleia Legislativa.

Diante disso, cabe a comunicação ao Ministério Público Estadual, tendo em vista o curso naquele digno Órgão Ministerial do Inquérito Civil nº 06.2016.00008950-4, que apura os mesmos fatos ora tratados, bem como para que avalie a necessidade de eventuais providências para efeito de persecução penal em razão da apontada incompatibilidade dos atos apurados com a já aludida decisão judicial transitada em julgado.

Ademais, como bem referiu a Informação DIAT nº 30/2016, da Diretoria de Administração Tributária (fl.574), “as decisões de mérito em tese proferidas em sede de controle abstrato estadual de constitucionalidade têm efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Executivo, não devendo este, descumpri-la, sob pena de o administrador público incorrer em crimes de responsabilidade por descumprimento de decisão judicial, nos termos art. 72, VII, da Constituição Estadual”. Logo, impõe-se que se dê conhecimento da matéria ao Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa.

Todavia, conquanto se venha a sustentar que não se trata de desconformidade com o dispositivo da decisão judicial, melhor sorte não assistiria aos responsáveis.

No que toca ao **segundo** aspecto, a defesa, ao que se vê, alberga sua posição na definição dos limites objetivos da coisa julgada, em especial o contido no art. 469, I, do Código de Processo Civil de 1973 (ainda vigente no exercício de 2015), segundo o qual “Não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”. A partir daí extrai que a repartição seria exigida apenas para os recursos angariados na forma do art. 8º da Lei nº 13.334/2005, exigência não extensível àqueles recursos recebidos como “doação” de contribuintes do ICMS.

Nada mais incorreto.

A concessão de qualquer benefício fiscal subentende o respeito à repartição da receita tributária nos termos disciplinados pela Constituição Federal e ao disposto na legislação orçamentária do Ente. A inexistência de decisão judicial com determinação desse jaez ou o julgado do Poder Judiciário em ação de inconstitucionalidade circunscrito a um

determinado conjunto de preceitos normativos não significa que para além dos limites do decidido pelo órgão julgante esteja o administrador autorizado a agir ao arrepio da Constituição e das Leis.

Ao contrário, não só está obrigado a cumpri-las como, havendo um julgado que claramente encerre um norte interpretativo para a gestão do Fundosocial, tem o administrador público o dever ético-institucional de respeitá-lo, e, ao não fazê-lo, age em clara afronta ao princípio da boa-fé⁵.

A decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada pelo E. Tribunal de Justiça, mencionada alhures, deve servir de norte interpretativo para as contribuições ao Fundosocial realizadas pela Celesc e por outros contribuintes, e que não foram consideradas para efeito de cálculo da receita líquida disponível. Não se pode admitir que o simples fato de prever-se o benefício fiscal em convênio CONFAZ seja suficiente para afastar-se desrespeitar a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes Orçamentárias'. E, o mais espantoso, **para parte das contribuições nem mesmo a alegação do Convênio era invocável, simplesmente porque não vieram da Celesc.**

No que toca à Celesc, não se deve ignorar que a empresa é controlada pelo Estado de Santa Catarina, justamente o ente público que provocou a operação denominada de doação, operação essa cujo impacto no regime de repartição e aplicação da receita pública era facilmente previsível pelo administrador. Em outras palavras, era exigível conduta do gestor no sentido de evitar que o pagamento de impostos pela Companhia fosse disciplinado de forma a desviar os recursos do cômputo da receita tributária.

Por todas essas razões, jamais o apego aos supostos limites objetivos da coisa julgada concebidos pela defesa poderiam justificar o desrespeito à legislação aplicável.

Há, também, um **terceiro** aspecto que refuta as teses defensivas.

Nenhum Convênio do CONFAZ pode contrariar ou revogar as Constituições Federal e Estadual e a legislação orçamentária estadual. Caso vingasse a interpretação dos responsáveis, estar-se-ia tolerando que aquele Conselho, a seu alvedrio, pudesse desconsiderar a natureza tributária de determinados créditos para que valores a eles

⁵ “La aplicación del principio [da boa-fé] no puede ser más general. Todas las personas –y también la Administración pública- deben comportarse de buena fe em sus relaciones, em todas sus relaciones y em todas las fases de la vida de las relaciones (....)” Tradução livre: “A aplicação do princípio não pode ser mais geral. Todas as pessoas –e também a Administração Pública- devem comportar-se de boa-fé em suas relações, em todas suas relações e em todas as fases da vida das relações (...).” GONZÁLEZ-PEREZ Jesus. *El principio general de La buena fe en el derecho administrativo*. Madrid:Civitas, 1983.p.89.

relacionados ingressassem em fundos sem o dever de respeitar as disposições constitucionais e legais. Essa compreensão, certamente, não se mantém.

Entender o contrário seria admitir que por uma operação engenhosa fossem direcionados recursos que necessariamente deveriam entrar nos cofres do Estado como receita de impostos o deixassem de ser apenas porque o Poder Público induziu o direcionamento da quantia a um fundo específico mediante a outorga de um crédito presumido.

Um **quarto** ponto merece realce. Chama a atenção que o próprio Convênio CONFAZ n° 85/04 é taxativo ao preceituar na sua cláusula segunda que **“A fruição do benefício previsto neste convênio fica condicionada ao cumprimento dos requisitos estabelecidos na legislação estadual, que poderá, inclusive, estabelecer limite ao valor a ser apropriado em cada ano”** (grifei). Essa redação vigora até os dias de hoje conforme aprovada em 24/09/2004.

O Convênio CONFAZ não deixou margem interpretativa: a sua aplicação está condicionada aos requisitos da legislação estadual, que pode, inclusive, estabelecer limites.

Observar a legislação estadual significa atender à Lei n° 13.334/2005 e, da mesma forma, a Lei (Estadual) n° 15.242/2010, a qual previu como limite máximo para doações o percentual de 20% do ICMS devido no ano civil anterior. **Em outras palavras, nem mesmo após a elevação do percentual para 40% (quarenta por cento) pelo CONFAZ possuía o Executivo autorização para concedê-lo nesse patamar, isso porque a legislação estadual previu limite inferior para cada ano (20%).**

O **quinto** ponto merece especial atenção. Embora a Celesc tenha sido a maior contribuinte para o Fundosocial pelo código de receita 3662, outros contribuintes destinaram recursos ao Fundosocial que na foram considerados para o cálculo da receita líquida disponível e para o repasse aos Municípios. A situação desses não encontra qualquer previsão no Convênio CONFAZ 85/2004 e, da mesma forma, sequer foram tratados pela Lei n° 17.053/2016, que teria convalidado os atos ligados às contribuições da Celesc.

Diante de todo o exposto, procedem os argumentos da área técnica e do Ministério Público de Contas quanto ao mérito.

De mais a mais, a defesa apresenta tese de há muito vencida nesta Corte de Contas, caracterizando um desrespeito à sua autoridade a reprodução de atos já repreendidos em *decisum* transitado em julgado. Refiro-me ao processo n° REC 11/00102482, o qual culminou na Decisão n° 521/2012, de 21/05/2012 (DOTC-e de 04/06/2012). Cito trecho da manifestação do Relator, Conselheiro Substituto Cleber Muniz Gavi:

“Após examinar as razões recursais, a COG sugeriu a manutenção da determinação imposta, destacando que os termos do Parecer n.º 60/2004 devem ser desconsiderados para análise deste recurso haja vista não possuir relação direta com a questão trazida aos autos, assim como não possui relevância discussão da natureza financeira ou tributária do Fundo, importando de fato a origem de parte dos ingressos que o compõe. Reitera os argumentos da área técnica no PDA que explicam a composição do FUNDOSOCIAL e os desvios de receitas tributárias, resumindo de forma elucidativa nos seguintes termos:

A chamada “doação” de recursos financeiros ao FUNDOSOCIAL mediante o abatimento no conta do ICMS, assim como a “transação” feita mediante o repasse de certo percentual da dívida tributária ao fundo significa o desvio de recursos de natureza tributária mediante solução legislativa que retira definitivamente do patrimônio jurídico dos investimentos em saúde e educação os recursos financeiros advindos da imposição do *jus imperium* do Estado, notadamente do direito de impor e cobrar impostos (IPVA, ICMS, ITCMD) que lhe é constitucionalmente assegurada, transferindo-a, por inteiro, para um fundo administrado pelo Estado que, **em última análise, promove a redução nos ingressos de receitas tributárias no caixa, e assim, reduz a quantidade de recursos financeiros que deveriam ser aplicados em saúde e educação(grifado).**

Realmente, as alegações apresentadas pelos Recorrentes não devem prosperar.

A determinação dirigida à Secretaria de Estado da Fazenda que se quer afastar ordena que dos valores arrecadados pelo FUNDOSOCIAL, originários de receita tributária, devam ser efetuados os repasses constitucionalmente previstos para as áreas da educação e saúde, concluindo-se que as “doações” e “transações” efetuadas pelos contribuintes ao FUNDOSOCIAL possuem natureza jurídica de tributo, restando ausente apenas o respectivo lançamento contábil, por parte do Estado, antes do ingresso dos recursos ao fundo, desta forma, esses valores que não vinham compondo o montante total da Receita Tributária do Estado devem passar a fazer parte da mesma.

O debate nos autos leva em conta o disposto nos arts. 2º, 8º e 9º da Lei Estadual n.º 13.334/05 que institui o Fundo de Desenvolvimento Social - FUNDOSOCIAL, *in verbis*:

Art. 2º - O FUNDOSOCIAL é constituído com recursos desvinculados provenientes das seguintes fontes:

I – contribuições, **doações**, financiamentos e recursos oriundos de entidades públicas ou privadas, nacionais ou internacionais, ou estrangeiras;

II – receitas decorrentes da aplicação de seus recursos;

III – **recursos decorrentes de transação com devedores** da Fazenda Pública; e

IV – outros recursos que lhe venham a ser destinados.

[...]

Art. 8º Fica vinculado ao programa de apoio à inclusão e promoção social desenvolvido pelo FUNDOSOCIAL, até 0,5% (cinco décimos por cento) da receita tributária líquida, na forma estabelecida no parágrafo único do art. 204 da Constituição Federal.

§ 1º Os programas desenvolvidos pelo FUNDOSOCIAL poderão contar com a participação e colaboração de pessoas jurídicas contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, cujo valor de contribuição poderá ser compensado em conta gráfica, até o limite de 6% (seis por cento) do valor do imposto mensal devido, que será destinado da seguinte forma:^[2]

I – [...]

II – [...]

§3º [...]

§4º [...]

Art. 9º O **sujeito passivo responsável por obrigação tributária** vencida até 31 de julho de 2004, originária de crédito tributário inscrito ou não em dívida ativa, objeto de litígio administrativo ou judicial, poderá realizar transação com o Estado de Santa Catarina, mediante **contribuição voluntária ao FUNDOSOCIAL correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito tributário devido**.

Já a tese levantada em sede recursal pelo recorrente atribui natureza financeira aos recursos do FUNDOSOCIAL, em aplicação analógica a sustentada pela PGE no âmbito do PRODEC (Parecer n.º 60/2004).

Como bem assentou a COG, a ponto crucial da discussão gira em torno da origem das fontes citadas nos incisos I e III, sendo irrelevante a análise do que venham a se tornar esses recursos ao ingressar e compor o fundo. A dita natureza financeira do Fundo é citada inclusive no art. 1º da Lei n.º 13.334/05^[3].

Esclarecedora passagem do Relatório Técnico resume a origem dos recursos:

Em relação às doações realizadas ao Fundosocial, a lógica é a mesma. Os contribuintes do ICMS se utilizam de um direito do Estado – imposto já devido -, transferindo-o ao Fundo, ao mesmo tempo em que deduz esse montante do imposto a recolher, denominando indevidamente a operação como “doação”. (fl. 161 – PDA).

A despeito de a contribuição ao fundo ser voluntária, conforme dita o §1º do art. 8º c/c art. 2º, inciso I, da Lei n.º 13.334/05, entendo que o mesmo dispositivo confirma a compulsoriedade tributária do ICMS, ao permitir que haja compensação desse valor em conta gráfica e que o sujeito passivo responsável pela obrigação tributária faça compensação com o Estado. Não fosse essa interpretação o Estado de Santa Catarina estaria deixando de arrecadar esse percentual de ICMS, caracterizando assim renúncia de receita. Por isso, o equívoco na contabilização dos recursos como “Receita de Doações” sem antes efetuar o lançamento como Receita Tributária.

A sistemática operada na destinação de recursos ao FUNDOSOCIAL gera, ao final, a redução de receitas tributárias no caixa do Estado e via de conseqüência, da base de cálculo dos recursos destinados às áreas de educação e saúde, uma vez que o Estado de Santa Catarina deve aplicar anualmente no mínimo 25% da receita resultante de impostos^[4] na educação^[5] e 12% do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, incisos I, *alínea a*, e inciso II, na saúde, deduzidas as parcelas que foram transferidas aos respectivos Municípios^[6].

Ademais a comparação feita pelo recorrente com a doação ao Fundo da Infância e Adolescência não pode ser trazido ao debate como se idêntico ao FUNDOSOCIAL fosse. Neste último fundo o legislador autoriza que doação efetuada ao fundo, num percentual prefixado, possa ser deduzido do imposto de renda devido, ou seja, é um redutor da base de cálculo do imposto de renda, nada tendo haver com isenção tributária, não sendo originariamente um direito da União. Além disso, os valores que são doados ao FIA saem do patrimônio do doador voluntariamente ao fundo, ao contrário dos valores “doados” ao FUNDOSOCIAL que têm origem de um percentual do ICMS devido pelo contribuinte que ganha um fim distinto das demais receitas tributárias, dirigindo-se ao FUNDO. Desta forma, a sistemática que fixa a base de cálculo do imposto de renda em nada se assemelha aos ditames do ICMS.”

A proposta de voto do Relator, diga-se de passagem, determinou à ciência à Secretaria de Estado da Fazenda. Portanto, inaceitável que o Órgão não tenha adotado todas as providências para evitar a nova prática de irregularidades semelhantes.

Some-se a isso, ainda, que o Plenário desta E. Corte de Contas após ressalva às contas anuais prestadas pelo Sr. Governador do Estado referentes ao ano de 2015, demonstrando que a fundamentação que trago ao Plenário reproduz posição consolidada da Corte:

“6.1.2. Achados de Auditoria - Processo RLA 16/00022577 6.1.2.1. Classificação contábil inapropriada das doações efetivadas pela CELESC em favor do FUNDOSOCIAL, gerando distorções na base de cálculo utilizada para fins do cálculo dos repasses do Poder Executivo Estadual aos Municípios Catarinenses, FUNDEB, Poderes e Órgãos e, causando reflexos no cômputo dos gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino e ações e serviços públicos de saúde.

É de se dizer que em relação ao SEITEC, no qual havia sido identificada a ausência de identificação de seus recursos como origem tributária, o Conselheiro Luiz Eduardo Cherem assim tratou da matéria no projeto de parecer prévio das contas de 2014 (Processo nº 15/00169800), conclusão plenamente aplicável ao tema que ora se analisa, e que mostra ter o Estado pleno conhecimento da interpretação assentada por este Tribunal:

“Contabilização da arrecadação dos recursos do SEITEC através de mecanismo que não identificam as receitas como de natureza tributária, em prejuízo da base de cálculo considerada no cômputo dos gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino e ações e serviços públicos de saúde e, conseqüentemente, na respectiva aplicação de recursos.

(...).

Manifestação do Relator: A ressalva integra Parecer Prévio do Tribunal desde o ano de 2008. Há notícia de seu cumprimento pelo Estado no ano em curso (2015). Não obstante, e considerando que as presentes contas são relativas ao exercício de 2014, proponho a sua manutenção neste tema até confirmação de sua regularização integral.”

Ressalto que no parecer prévio das contas de 2013 constou como ressalva a “Contabilização da arrecadação dos recursos do SEITEC por meio de mecanismos que não identificam as Receitas como de natureza tributária, em prejuízo da base de cálculo

considerada no cômputo dos gastos com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino e ações e serviços públicos de Saúde e, conseqüentemente, na respectiva aplicação de recursos”.

Contudo, a defesa, além das razões jurídicas, invocou razões conjunturais que pelo peso das circunstâncias merecem o devido olhar por esta Corte de Contas.

O Sr. Secretário da Fazenda, Antônio Marcos Gavazzoni, menciona a crise econômica por qual passa o país e traz vários documentos sobre essa circunstância, do qual destaco o que indica o crescimento da arrecadação tributária em percentual abaixo da inflação, fenômeno acentuado a partir de meados de 2015 (fl.415).

Não se desconhece a gravíssima crise econômica, política e institucional que passa o país. Entretanto, isso não autoriza nenhum Poder ou Órgão do Estado a proceder a manobras contábeis para alterar o destino dos recursos vertidos aos cofres públicos e melhorar o seu resultado no exercício. A propósito, a crise econômica atingiu os mais variados setores e também abalou a arrecadação dos Municípios. Afrontaria o princípio da isonomia entre os princípios federativos o reconhecimento de um verdadeiro “Estado de Exceção” nas finanças públicas capaz de justificar que o Estado de Santa Catarina realizasse manobras contábeis para retirar recursos dos Municípios e com isso garantir suporte financeiro às suas obrigações. Por óbvio, os Municípios possuem suas obrigações, sensíveis assim como as do Estado, e têm o direito de receber a parte dos impostos que lhes é garantida pelas normas constitucionais de repartição de receita tributária.

Chama a atenção o grande repasse de recursos via Fundam⁶ no ano de 2014, e a farta menção a esse fundo na campanha eleitoral do atual Governador no ano de 2014, como bem refere a área técnica, comprovando o desequilíbrio do sistema federativo, na medida em que o repasse de recursos aos Municípios é vista como a virtude de um governo, e não uma política de Estado.

Da mesma maneira, caso o Poder Executivo constate gastos excessivos ou excesso de recursos à disposição dos demais Poderes e Órgãos não estará autorizado a

⁶ Lei nº 16.037, de 24 de junho de 2013

Art. 1º Fica instituído o Fundo Estadual de Apoio aos Municípios (FUNDAM), vinculado à Secretaria de Estado da Fazenda (SEF), com o objetivo de promover o desenvolvimento dos Municípios catarinenses, mediante apoio financeiro a planos de trabalho municipais de investimento.

Art. 2º Constituem receitas do FUNDAM:

I - os recursos a ele destinados decorrentes do Contrato de Financiamento de Operação de Crédito Interna, mediante Abertura de Crédito nº 13.2.0026.1, firmado entre o Estado e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), cuja operação de crédito foi autorizada pela Lei nº 15.855, de 2 de agosto de 2012;

II - os rendimentos de aplicação financeira de seus recursos; e

III - os recursos provenientes de outras fontes de receita, inclusive as decorrentes de financiamentos contratados com a finalidade de apoiar investimentos nos Municípios. Parágrafo Único. Os saldos verificados ao final de cada exercício financeiro constituem receita do FUNDAM, devendo ser aplicados em seus objetivos, conforme disposto nos arts. 1º e 4º desta Lei.

exercer uma espécie de autotutela, retendo recursos que entende prioritários para si em determinado momento. O Estado de Direito pressupõe a observância à Constituição e às Leis. Detectado um desequilíbrio na repartição de recursos entre Poderes e Órgãos a solução é a modificação da legislação orçamentária na forma constitucionalmente prevista, e não a pura e simples desobediência.

Por outro lado, o responsável alega que os Municípios receberam muito mais recursos do que aquilo que lhes seria devido, pois o Estado teria repassado mais de 1,5 bilhão de reais por meio de transferências voluntárias entre 2011 e 2016 (fl.404). E apresenta um gráfico às fls. 404, elencando os seguintes valores repassados: 2011, R\$ 153.000,00 (cento e cinquenta e três milhões); 2012, 280.000,00 (duzentos e oitenta milhões); 2013, R\$140.000,00 (cento e quarenta milhões); 2014, R\$ 563.000,00 (quinhentos e sessenta e três milhões); 2015, R\$ 288.000,00 (duzentos e oitenta e oito milhões); 2016, R\$ 89.000,00 (oitenta e nove milhões).

Entretanto, o argumento, ao invés de atenuar a irregularidade, a agrava, pois demonstra que os atos de desrespeito às regras de repartição constitucional das receitas tributárias deu-se em um contexto de crescimento das transferências voluntárias, um sintoma notório da disfuncionalidade do sistema federativo brasileiro, em que os Entes politicamente mais fracos não conseguem obter receita própria suficiente para cumprir suas obrigações, e cada vez mais necessitam solicitar o auxílio dos Entes detentores de maiores orçamentos, gerando uma dependência financeira e política apta a gerar mazelas de toda ordem.

Os dados acostados aos autos pela Secretaria da Fazenda trazem outro fator que indicia problemas no planejamento do Poder Executivo, principalmente no que concerne à capacidade de antever a queda de arrecadação. Em 2013 já era projetada uma desaceleração da economia e um cenário de alta de inflação e dos juros⁷. Mesmo assim, no ano de 2014 houve um pico nas transferências voluntárias para os Municípios, que praticamente triplicaram em relação 2013, saltando de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta milhões) para R\$ 563.000,00 (quinhentos e sessenta milhões). O significado do incremento é impressionante, principalmente se considerarmos que esse volume de recursos foi repassado aos Municípios em um período menor ao longo do ano de 2014, devido às limitações da legislação eleitoral.

De outra parte, o Sr. Secretário da Fazenda questiona os motivos pelos quais a Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) reclama os valores a ela devidos, e

⁷ <http://noticias.r7.com/economia/economia-brasileira-devera-crescer-menos-em-2014-projeta-cni-19122013?amp>

assevera que a destinação dos recursos seria o aumento de salários, ao passo que despesas emergenciais reclamam recursos públicos para a sua cobertura.

O tema atinente à remuneração dos servidores sempre é instigante, tanto sob o ponto de vista do impacto orçamentário-financeiro como sob o aspecto dos abismos remuneratórios existentes no serviço público. Apenas a título ilustrativo, e como o responsável aventou a matéria nos autos, exponho abaixo a despesa com remuneração de servidores de alguns órgãos do Poder Executivo referente a abril de 2017:

Órgão	Valor total em R\$ (bruto)	Número de servidores	Média da remuneração em R\$ (bruta)
SSP	40.198.601,37	4.535	8.864,07
Secretaria da Educação	121.151.098,52	40.659	2.979,68
Secretaria da Saúde	78.861.618,02	11.214	7.032,42
Polícia Militar	75.965.552,57	10.220	7.433,02
Secretaria da Fazenda	26.074.349,07	1.101	23.682,42
Udesc	18.414.122,08	1.969	9.352,01
PGE	7.069.572,32	567	12.468,38

Dados extraídos do site www.transparencia.sc.gov.br

É notório que o momento atual requer medidas de contenção crescimento da folha de pagamento (aliás, mesmo em cenários de aumento da receita é salutar que o Poder Público defina políticas remuneratórias compatíveis com a realidade nacional e conforme parâmetros racionais de justa remuneração). Cumpre destacar que o gestor estadual deve tomar as atitudes para tanto, a fim de garantir a razoabilidade da sua política de remuneração. Em Santa Catarina, por exemplo, é digno de nota que o Estatuto dos Servidores Públicos (Lei nº 6.745/85) é anterior à Constituição Federal, sendo produto ao longo desses anos de alterações pontuais, que nem sempre permitem uma visão ampla de compatibilidade do conjunto do Estatuto com o regramento constitucional.

Entretanto, certo é que eventuais pleitos remuneratórios, venham eles da Udesc ou de qualquer outro órgão do Poder Executivo deverão passar pelo crivo do Sr. Governador e da Assembleia Legislativa, de modo que a suposta finalidade alegadamente perseguida pela Universidade não seria atingida por sua única e exclusiva vontade. O risco invocado, pois, não existe.

Afora isso, observa-se que, ao menos pelo cálculo simples de média realizado a partir dos dados de abril de 2017, a Udesc está em patamar pouco superior à Polícia Militar e à Secretaria da Saúde, sem indicativos *a priori* de que a folha de pagamento do Órgão esteja fora de padrões aceitáveis (sem adentrar-se na discussão sobre eventuais falhas de legislação que gerem distorções específicas). Demais, a média de folha de pagamento também está muito distante do degrau da Secretaria da Fazenda, eis que a média da Universidade representa em torno de 39% da média do órgão fazendário.

Finalmente quanto a isso, o cálculo, embora singelo e sem pretensões de mostrar-se conclusivo, indica a grande distância entre as maiores e menores remunerações do serviço público estadual. Comparando-se a média da Secretaria da Fazenda com a da Secretaria da Educação, temos uma diferença de praticamente 90% (noventa por cento) entre ambas. Nunca é demais lembrar que a educação é um direito tão importante para a Nação brasileira que até mesmo a Constituição liberal e não intervencionista de 1824 prescreveu entre os direitos fundamentais do cidadão a “A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos” (art. 179, XXXII).

Outro argumento invocado pelo Sr. Secretário da Fazenda seria a possível afronta ao art.198, §, II, da Constituição Federal. Para a defesa, “No Estado de Santa Catarina, a base de cálculo utilizada para fins de apuração dos valores a serem repassados a título de duodécimo aos Poderes, Órgãos Constitucionais e à UDESC deixa de observar o citado dispositivo constitucional” (fl.407).

A afirmação é grave.

A alegação pressupõe a inconstitucionalidade das normas da Lei de Diretrizes Orçamentárias. No que diz com o exercício de 2015, dispôs o art. 26 da Lei (estadual) nº 16.445/2014:

Na elaboração dos orçamentos da ALESC, do TCE/SC, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), do MPSC e da UDESC, serão observados os seguintes limites percentuais de despesas em relação à Receita Líquida Disponível (RLD):

I - ALESC: 4,51% (quatro inteiros e cinquenta e um centésimos por cento);

II - TCE/SC: 1,66% (um inteiro e sessenta e seis centésimos por cento);

III - TJSC: 9,31% (nove inteiros e trinta e um centésimos por cento), acrescidos dos recursos destinados ao pagamento de precatórios judiciais e da folha de pagamento dos servidores inativos e pensionistas pertencentes às categorias funcionais de Serventuários de Justiça, Auxiliares e Juizes de

Paz transferidos ao Poder Judiciário por meio da Lei Complementar nº 127, de 12 de agosto de 1994;

IV - MPSC: 3,91% (três inteiros e noventa e um centésimos por cento); e

V - UDESC: 2,49% (dois inteiros e quarenta e nove centésimos por cento).

§ 1º Os recursos discriminados no caput deste artigo, acrescidos dos créditos adicionais, serão entregues em conformidade com o art. 124 da Constituição do Estado.

§ 2º Para efeito do cálculo dos percentuais contidos nos incisos do caput deste artigo, será levada em conta a RLD do mês imediatamente anterior àquele do repasse.

§ 3º Fica assegurado ao Poder Legislativo o repasse de recursos em cumprimento ao disposto no art. 94, combinado com o § 2º do art. 23 da Lei Complementar nº 412, de 26 de junho de 2008.

§ 4º Fica assegurado ao Poder Executivo deduzir do repasse de recursos financeiros correspondentes às dotações orçamentárias previstas no caput deste artigo os valores retidos do Fundo de Participação do Estado (FPE) para a quitação de débitos de contribuições sociais, nos termos da Lei federal nº 12.810, de 15 de maio de 2013, de responsabilidade da ALESC, do TJSC, do MPSC e do TCE/SC.

O projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias é enviado ao Poder Legislativo pelo Sr. Governador do Estado, como preceitua o art. 50 da Constituição Estadual⁸. Ora, se foi detectada inconstitucionalidade, não é crível que o Chefe do Executivo não tenha adotado as providências para extirpá-la mediante alteração legislativa ou, se necessário, com a propositura de ação de controle concentrado. O que não se admite é vir apenas agora, em um processo de controle externo cujo objeto trata especificamente da regularidade dos repasses aos Municípios, Poderes e Órgãos sob o enfoque das contribuições efetuadas ao Fundosocial, invocar questão de maior amplitude não tratada na auditoria e, ao que se saiba, até então não questionada pelo Executivo em qualquer instância.

A alegação é grave não apenas porque pressupõe uma atuação acoimada do vício de inconstitucionalidade por parte do Chefe do Executivo ao longo do tempo. Há elemento de maior gravidade. A defesa sustenta que no período 2011 – 2015 cerca de 2,5 bilhões poderiam ter sido direcionados para investimentos sociais fosse a composição da

⁸ Art. 50: (...) III - o plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

base de cálculo utilizada para o repasse aos Poderes, Órgãos autônomos e Udesc calculada nos termos que considera compatíveis com a Constituição Federal.

Se o Poder Executivo detectou uma perda de valores de tamanha monta e omitiu-se na adoção de providências está-se diante de condenável sonegação de recursos às áreas sociais, principalmente educação e saúde, quadro agravado pelo histórico descumprimento do percentual mínimo de aplicação dos recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino por parte do Poder Executivo.

De todo modo, cumpre ao Poder Executivo atuar no sentido de arguir no foro adequado a inconstitucionalidade das normas que entende contrárias à Constituição Federal ou a proposição de medidas legislativas que extirpem o alegado vício. A esta Corte de Contas está vedada a discussão da matéria, por força da já citada decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2005.005756-1, a qual determinou que “dos recursos angariados ao FUNDOSOCIAL, decorrentes de créditos relativos ao ICMS, sejam deduzidos os percentuais devidos ao Tribunal de Justiça, à Assembléia Legislativa, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC), procedendo-se aos respectivos depósitos na forma da lei”.

Dessa maneira, não pode o Tribunal de Contas em processos de sua competência contrariar decisão judicial transitada em julgado.

Sendo assim, quer sob o ponto de vista de jurídico, quer do ponto de vista da conjuntura, não assiste razão à defesa. De todo modo, incumbe trazer à baila a discussão concernente à convalidação pela Assembleia Legislativa dos atos perpetrados pela Secretaria de Estado da Fazenda, como estatuiu a Lei (estadual) nº 17.053, de 20 de dezembro 2016:

Art. 1º As doações efetuadas ao Fundo de Desenvolvimento Social (FUNDOSOCIAL), instituído pela Lei nº 13.334, de 28 de fevereiro de 2005, por empresas públicas e sociedades de economia mista das quais o Estado seja controlador ou acionista majoritário, na qualidade de contribuinte do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), em contrapartida a créditos presumidos decorrentes de tratamento tributário diferenciado concedido pela Secretaria de Estado da Fazenda (SEF), autorizados por convênio aprovado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), serão consideradas como receitas tributárias para efeitos de distribuição dos percentuais sobre a Receita Líquida Disponível (RLD) aos Poderes e órgãos estaduais, na forma prevista nas leis de diretrizes orçamentárias, bem como para repasse aos Municípios e aplicação em educação e saúde.

§ 1º Os valores apurados nas condições previstas no *caput* deste artigo serão lançados a crédito dos beneficiários no Balanço Geral do Estado.

§ 2º Os valores consignados como devidos ao Poder Judiciário e ao Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) serão baixados no Balanço Geral do Estado após compensação com os valores decorrentes do acréscimo no percentual do duodécimo das dotações orçamentárias, repassadas a partir do próximo exercício nos termos estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

§ 3º Os valores consignados como devidos ao Poder Legislativo, incluindo a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina (ALESC) e o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC), a critério do Chefe do respectivo Poder ou órgão, podem ser baixados no Balanço Geral do Estado e compensados com as respectivas sobras orçamentárias e financeiras apuradas até o final do exercício corrente.

§ 4º Os valores consignados como devidos à Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) serão baixados no Balanço Geral do Estado mediante transferências obrigatórias do Tesouro do Estado, ficando o Poder Executivo autorizado a compor a forma de repasse com a UDESC em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, a partir de julho de 2017.

§ 5º Os valores consignados como devidos aos Municípios serão apurados pela Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina em conjunto com o Tribunal de Contas do Estado, e baixados do Balanço Geral do Estado mediante transferências obrigatórias do Tesouro do Estado, ficando o Poder Executivo autorizado a compor a forma de repasse com os Municípios em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, a partir de julho de 2017.

§ 6º Os valores aplicados em programas e ações de saúde e educação, no exercício corrente e no anterior, além do percentual constitucional mínimo obrigatório, serão utilizados para compensação com o montante consignado como devido aos referidos programas e ações, em razão do disposto no *caput* deste artigo.

§ 7º Fica o Poder Executivo autorizado a efetuar a baixa contábil de crédito correspondente a R\$ 30.656.058,09 (trinta milhões, seiscentos e cinquenta e seis mil, cinquenta e oito reais e nove centavos), relativos ao Poder Judiciário, e R\$ 36.437.456,66 (trinta e seis milhões, quatrocentos e trinta e sete mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e sessenta e seis centavos), relativos ao MPSC, registrados como precatórios devidos pelos respectivos órgãos ao Tesouro do Estado, por força do disposto no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 15.857, de 2 de agosto de 2012.

Art. 2º Em contrapartida à compensação dos valores consignados em favor do Poder Judiciário e do MPSC, nos termos do § 2º do art. 1º desta Lei, o Poder Executivo efetuará repasses em montante equivalente a 0,17% (dezessete centésimos por cento) da RLD ao Fundo Estadual de Apoio aos Hospitais Filantrópicos de Santa Catarina.

Parágrafo único. Os recursos de que trata o *caput* deste artigo não serão considerados para o cômputo do percentual mínimo de aplicação de receitas de impostos em ações e programas de assistência à saúde, previsto no art. 155 da Constituição do Estado.

Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a compensar os valores aplicados pelo FUNDOSOCIAL e pelo Tesouro do Estado diretamente em manutenção e desenvolvimento do ensino, quando tais valores tenham deixado de transitar pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), com o montante eventualmente apurado como devido a este Fundo até junho de 2016.

§ 1º Os valores aplicados pelo FUNDOSOCIAL e pelo Tesouro do Estado de que trata o *caput* deste artigo são aqueles que tenham sido destinados ao atendimento de finalidades compatíveis com as do FUNDEB, nos exercícios anteriores a 2016.

§ 2º Fica o Poder Executivo autorizado a efetuar o parcelamento do saldo dos valores eventualmente apurados como devidos ao FUNDEB.

Art. 4º Ficam ratificadas e convalidadas as operações contábeis e fiscais efetuadas pela SEF até a data de publicação desta Lei, na operacionalização das transferências realizadas ao FUNDOSOCIAL, com base no Convênio ICMS 85/04, aprovado pelo CONFAZ.

De início, impende realçar que **a Lei trata somente das operações vinculadas às contribuições da Celesc ao Fundosocial**, isso porque o seu artigo 1º é taxativo ao limitar os seus termos às “doações efetuadas (...) por empresas públicas e sociedades de economia mista das quais o Estado seja controlador ou acionista majoritário”. O art.4º, por sua vez, “ratifica” e “convalida” apenas as “operações contábeis e fiscais efetuadas pela SEF (...) com base no Convênio ICMS 85/2004, aprovado pelo CONFAZ”. Como visto alhures, **o Convênio em tela autorizou contribuições da Celesc ao Fundosocial, não albergando a hipótese de contribuições advindas de outros contribuintes.**

Ocorre que, embora a maior parte das contribuições via códigos de receita 3654 e 3662 tenha como origem a Celesc (R\$615.000.000,00), a equipe técnica identificou

na auditoria contribuições ao Fundosocial efetuados por contribuintes enquadrados como “Tratamento Tributário Diferenciado - TTD” (fl.202v), cujos recolhimentos no código DARE 3662 totalizaram em 2015 a quantia de R\$ **82.351.409,95 (oitenta e dois milhões, trezentos e cinquenta e um mil, quatrocentos e nove reais e noventa e cinco centavos)**.

Além disso, a DCE encontrou recolhimentos no código DARE 3638, vinculados à remissão de débitos tributários, no valor de R\$ **98.457.332,05 (noventa e oito milhões, quatrocentos e cinquenta e sete mil, trezentos e trinta e dois reais e cinco centavos)**, além da quantia de R\$ **11.511.455,82 (onze milhões, quinhentos e onze mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e oitenta e dois centavos)** no código DARE 3751 (“Outras Doações”), e que não foi possível identificar o contribuinte e se a chamada doação guardou relação com ICMS devido. Registro o flagrante equívoco da Secretaria da Fazenda ao opor um pretense sigilo frente a um órgão de controle. Quanto isso, esta Corte de Contas deve adotar as medidas cabíveis para suplantar a irregularidade da prática do segredo inconstitucional perpetrada por aquela Secretaria quanto a determinados dados, providência que solicitei à Presidência desta Casa no feito oportuno.

Não obstante a incerteza quanto aos doadores via código DARE 3751, nas demais situações descritas restou incontroversa a relação com créditos tributários de ICMS e tratar-se de contribuintes que não a Celesc. Em consequência, **resta confirmada a ilicitude, sobre a qual nem mesmo há que se falar em suposta convalidação operada pela Lei (estadual) n° 17.053/2016.**

Em relação às contribuições efetuadas pela Celesc nos códigos de receita 3654 e 3662, o que deu causa às graves consequências relatadas no curso da instrução, a inconstitucionalidade do art. 4° da Lei (estadual) n° 17.053/2016 é patente, o que reclama seja afastada a sua aplicação. Destaco que o afastamento da aplicação no caso concreto distingue-se do incidente de Inconstitucionalidade previsto no art. 149 e seguintes do Regimento Interno do Tribunal de Contas, pois neste a decisão pressupõe maioria de dois terços e “constituirá para o futuro, norma definitiva e de aplicação obrigatória nos casos análogos” (art.152).

É corrente na doutrina que a invalidação dos atos administrativos encontra limites, havendo circunstâncias nas quais a convalidações é medida recomendada ou até mesmo imposta. Segundo Marçal Justen Filho⁹:

“A avaliação dos interesses em conflito é essencial na determinação do vício, o que conduz à utilização do princípio da proporcionalidade.

⁹ *Curso de Direito Administrativo*. 8 Ed. Belo Horizonte: Forum 2012. p 403-4.

A invalidação deve ser pronunciada somente como solução indispensável para a realização dos valores jurídicos. Não se cogita de invalidade se tal for inadequado para gerar, sob o prisma de causa e efeito, a realização dos interesses e valores protegidos pelo direito.

Em segundo lugar, somente é cabível invalidação quando importar sacrifício de valores e interesses protegidos de modo intransponível pela ordem jurídica.”

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro enfatiza a decomposição do ato em seus cinco elementos consagrados pela doutrina - competência, forma, motivo, finalidade e objeto -, e assenta a impossibilidade de convalidação nos três últimos, admitindo, apenas, quanto ao objeto, a conversão do ato¹⁰

Na legislação, o art. 54 da Lei (federal) n° 9.784/99 porta importante cânone para a correta fixação dos limites da convalidação dos atos administrativos, ao dispor que “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

Tanto o magistério da doutrina, sob qualquer enfoque teórico que a embase, quanto a legislação, externam a inviabilidade de convalidação de atos administrativos contagiados por vícios que representem uma perversão intensa à ordem jurídica. Esse limite, por certo, sequer pode ser ultrapassado pelo legislador, que possui poder limitado para afastar máculas detectadas na ação do administrador. As Constituições Federal e Estadual, por evidente, são as suas primeiras balizas.

É o que sucede no cenário *sub examine*. A convalidação de atos que acarretaram a subtração de valores devidos aos Municípios por força do art. 158, IV, da Constituição Federal atinge não apenas esse preceito, pois há paradigmática agressão ao princípio federativo, encapsulado nos arts. 18, *caput*¹¹, e 30, III¹². Em outras palavras, não pode o legislador ordinário estadual dispor sobre receitas do Município, inclusive prevendo parcelamento (art.1º, §5º da Lei (estadual) n° 17.053/2016).

¹⁰ *Direito Administrativo*. 25 Ed. São Paulo: Atlas, 2012.p. 255 – 256.

¹¹ “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.”

¹² “Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

II - 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;”

Conclusão similar vale para a destinação de recurso aos Poderes e Órgãos autônomos. A convalidação atinge com veemência o princípio da separação dos poderes¹³ e a autonomia garantida ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público Estadual. Houve, ainda, violação ao art. 124 da Constituição Estadual, de acordo com o qual “Os recursos relativos às dotações orçamentárias dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Tribunal de Contas, acrescidos dos créditos suplementares e especiais, ser-lhes-ão entregues no segundo decêndio de cada mês”, eis que parte dos recursos não foi entregue no prazo constitucional.

Quanto à Udesc, que tem percentual da receita garantido na Lei de Diretrizes Orçamentárias, a convalidação encontra óbice no fato de que os atos da Secretaria da Fazenda não só atentaram contra a autonomia universitária¹⁴, princípio do qual decorre a formulação legislativa tendente a garantir parte da receita líquida disponível àquela instituição de ensino. Ademais, os atos foram praticados com flagrante desvio de finalidade de forma a desvirtuar os parâmetros normativos da execução orçamentário-financeira do Estado, o que reforça a conclusão pela inadmissibilidade da convalidação.

Já no que tange às perdas referentes ao mínimo constitucional e saúde, o obstáculo à convalidação é ostensivo. Os arts 212 da Constituição Federal e 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias preveem os pisos exigidos de aplicação. Qualquer manobra contábil que acarrete o descumprimento desses comandos sofre de vícios irremediáveis.

Externada a irregularidade e demonstrada a inconstitucionalidade da convalidação operada pelo art. 4º da Lei (estadual) nº 17.053/20/06, devendo ser recusada a sua aplicação ao caso concreto, incumbe discutir a responsabilidade pelos atos e se há gravidade nos atos que determine a aplicação de sanção.

Três foram os responsáveis indicados.

O Sr. Governador do Estado, João Raimundo Colombo, foi listado pela DCE como responsável devido ao seu dever de supervisão hierárquica sobre os Secretários de Estado, nascendo daí a hipótese de aplicação de sanção pelos atos de gestão tratados no processo.

¹³ Constituição do Estado de Santa Catarina, art. 32: “São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹⁴ Constituição do Estado de Santa Catarina, art. 169: “As instituições universitárias do Estado exercerão sua autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial na forma de seus estatutos e regimentos, garantida a gestão democrática do ensino através de: (...)”

Todavia, não acompanho a área técnica neste aspecto, conquanto isso não signifique juízo pela ausência de responsabilidade por parte do Chefe do Executivo.

Na Sessão do Tribunal Pleno que apreciou as contas do Sr. Governador do exercício de 2015 manifestei-me pelo cabimento da inclusão no debate da questão relativa ao impacto nas contas causado pelos atos determinados no seio da Secretaria da Fazenda. Nessa toada, concluí que o fato associado a outros de considerável gravidade ensejavam a emissão de parecer recomendando a rejeição das contas. Na oportunidade, o Plenário deliberou por recomendar a aprovação, incluindo a irregularidade entre as ressalvas.

A responsabilidade do Governador pelos atos e seus reflexos no exercício de 2016 deve ser deliberada na esfera das contas por ele prestadas, já que o processo ora submetido ao Plenário tem como delimitação a análise de atos de gestão praticados no exercício da competência do Secretário da Fazenda. Portanto, neste espaço processual encerra-se a avaliação dos atos de gestão propriamente ditos.

Sem embargo, do julgado deve-se dar ciência a outras instâncias detentoras de competências diversas, posto que a demarcação dos círculos de análise nesta Corte de Contas (contas e atos de gestão) não representa isenção *a priori* de responsabilidade do Sr. Governador em outras esferas, sobretudo em matéria de eventual crime de responsabilidade e improbidade administrativa.

Além do mais, a DCE assinala a responsabilidade do Sr. Celso Antonio Calcagnotto, Secretário Executivo de Recursos Desvinculados da Casa Civil. Entretanto, os ofícios de fls. 7 - 21. provam que a solicitação para o direcionamento das contribuições ao Fundosocial para códigos que não seriam levados em conta no cômputo da receita tributária partiram exclusivamente do Sr. Secretário da Fazenda, e, conseqüentemente, a ilicitude consumou-se no interior da indigitada Secretaria. Portanto, acompanhando a posição da DCE (678v/679), deve ser excluída a responsabilidade do Sr. Celso Antonio Calcagnotto, persistindo a do Sr. Antonio Marcos Gavazzoni, Secretário de Estado da Fazenda.

Definido o círculo da responsabilidade, há que se perquirir sobre a dissensão entre DCE e Ministério Público de Contas quanto à aplicação, ou não, de sanção pela prática dos atos examinados. Após mencionar a decisão do Tribunal de Contas no processo RLA nº 14/00309643, Relator Conselheiro Herneus de Nadal, o *Parquet*, em parecer da lavra do Procurador Geral Dr. Aderson Flores, assim se manifestou (fls. 718-724):

“O confronto do caso em análise com o teor da Decisão nº 868/2016, acima transcrita, revela identidade entre as matérias, eis que ambos os casos dizem respeito a auditorias para verificação da regularidade dos recolhimentos e da

repartição constitucional dos recursos do Fundo de Desenvolvimento Social – FUNDOSOCIAL.

Além disso, os apontamentos descritos giram em torno da mesma questão, qual seja, realização de recolhimento junto ao FUNDOSOCIAL em código equivocado, conferindo tratamento contábil de receitas de doações, quando na realidade constituem receitas tributárias, mais especificamente de ICMS.

Ainda que o objeto da presente auditoria seja mais amplo, haja vista que no processo nº RLA-14/00309643 o pano de fundo se restringe à situação da UDESC, convém destacar que o desfecho conferido por meio da Decisão nº 868/2016, alhures reproduzida, não se limita à Universidade, eis que também abarcou Tribunal de Contas, ALESC, Tribunal de Justiça e Ministério Público.

Ou seja, há parcial identidade das unidades gestoras envolvidas [em rodapé, o parecer excepciona os Municípios] e da matéria de fundo.

Todavia, o prazo conferido para o cumprimento da determinação contida no item 6.1 da Decisão nº 868/2016 sequer fluiu na sua integralidade, obstando, ao menos por ora, que se transplatem para estes autos as possíveis soluções lá desvendadas visando o deslinde da questão.

Aqui, não distante do arremate cunhado pelo Tribunal Pleno no processo nº RLA-14/00309643, reputo que a providência ideal a ser empregada pela Corte de Contas deve mirar a cessação da contabilização equivocada dos recursos que adentram ao Fundo de Desenvolvimento Social – FUNDOSOCIAL, identificando-os como de natureza tributária e, por via de consequência, integrando o montante destinado à repartição constitucional do fundo aos municípios, poderes e órgãos estaduais.

Sobre isso, deve-se referenciar o Projeto de Lei nº 325/2016, de iniciativa do chefe do Poder Executivo Estadual, Sr. João Raimundo Colombo, sobre os “[...] efeitos das operações de doação efetuadas por contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), com base em convênios autorizados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), em contrapartida à fruição de benefícios fiscais”.

(...)

Em 20-12-2016, o governador de Santa Catarina, Sr. João Raimundo Colombo, sancionou a lei em realce - Lei Estadual nº 17.053/2016, que restou publicada no dia subsequente.

A norma sobredita tem como desígnio precípua convalidar operações contábeis e fiscais de responsabilidade da Secretaria da Fazenda quando da operacionalização das transferências feitas junto ao Fundo de Desenvolvimento Social – FUNDOSOCIAL, com baldrame em convênio aprovado pelo CONFAZ.

(...).

A iniciativa do Poder Executivo Estadual revela esforços em busca do ajuste da situação.

A Lei Estadual nº 17.053/2016 não se limita a ratificar ou convalidar as operações contábeis e fiscais a cargo da SEF, eis que também traz em seu bojo comandos que versam sobre o modo de compensação dos valores que deveriam, nos exercícios anteriores, ter composto o montante reservado à repartição constitucional dos municípios, poderes e órgãos estaduais,¹⁵ lançando-os a créditos das Unidades Gestoras beneficiárias no Balanço Geral do Estado, a teor do que dispõe o art. 1º, parágrafo 1º, do normativo em tela.

Com base nesse cenário, antes de entender que o caso deva ser visto como irregular perante a Corte de Contas, há que se acompanhar a operacionalização do processo de compensação dos valores que deveriam, nos exercícios anteriores, ser reservados à repartição constitucional dos municípios, poderes e órgãos estaduais.

O ponto afeto à contabilização dos recursos que integram o Fundo de Desenvolvimento Social – FUNDOSOCIAL por mecanismos que não identificam as receitas como de natureza tributária restou equacionado, na medida em que o art. 1º, *caput*, da Lei Estadual nº 17.053/2016 dispôs, expressamente, o seguinte:

(...).

Portanto, após a entrada em vigor da Lei Estadual nº 17.053, em 21-12-2016, há comando normativo expresso no sentido da correta contabilização das doações efetuadas por empresas públicas e sociedades de economia mista das quais o Estado seja controlador ou acionista majoritário.

Entendendo-se convalidados os atos praticados anteriormente à publicação da Lei, há que se indagar a respeito do cumprimento das medidas previstas como necessárias para tanto, quais seja, aquelas previstas nos parágrafos do art. 1º da Lei nº 17.053/2016, *in verbis*:

§ 1º Os valores apurados nas condições previstas no caput deste artigo serão lançados a crédito dos beneficiários no Balanço Geral do Estado.

§ 2º Os valores consignados como devidos ao Poder Judiciário e ao Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) serão baixados no Balanço Geral do Estado após compensação com os valores decorrentes do acréscimo no percentual do duodécimo das dotações orçamentárias, repassadas a partir do próximo exercício nos termos estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

§ 3º Os valores consignados como devidos ao Poder Legislativo, incluindo a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina (ALESC) e o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC), a critério do Chefe do respectivo Poder ou órgão, podem ser baixados no Balanço Geral do Estado e compensados com as respectivas sobras orçamentárias e financeiras apuradas até o final do exercício corrente.

§ 4º Os valores consignados como devidos à Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) serão baixados no Balanço Geral do Estado mediante transferências obrigatórias do Tesouro do Estado, ficando o Poder Executivo autorizado a compor a forma de repasse com a UDESC em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, a partir de julho de 2017.

§ 5º Os valores consignados como devidos aos Municípios serão apurados pela Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina em conjunto com o Tribunal de Contas do Estado, e baixados do Balanço Geral do Estado mediante transferências obrigatórias do Tesouro do Estado, ficando o Poder Executivo autorizado a compor a forma de repasse com os Municípios em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, a partir de julho de 2017.

§ 6º Os valores aplicados em programas e ações de saúde e educação, no exercício corrente e no anterior, além do percentual constitucional mínimo obrigatório, serão utilizados para compensação com o montante consignado como devido aos referidos programas e ações, em razão do disposto no caput deste artigo.

[...]

(...).

A meu ver, o caso é para acompanhamento por parte do Tribunal de Contas do cumprimento das medidas previstas na Lei nº 17.053/2016, a exemplo do que ocorre com os processos de monitoramento decorrentes de auditorias operacionais realizadas pela Corte.¹⁶

Na hipótese de descumprimento das proposições da Lei nº 17.053/2016, o caso deverá comportar sanção aos responsáveis.

Não obstante a respeitável manifestação do Ministério Público de Contas siga a posição da área técnica desta Corte, por entender pela presença de elementos que determinam a aplicação de sanção ao Secretário da Fazenda, Sr. Antonio Marcos Gavazzoni.

Conquanto o processo em apreciação guarde similitude com o processo RLA nº 14/00309643, há uma distinção essencial entre ambos, a saber, a verificação da responsabilidade pelos atos de gestão que levaram às manobras contábeis efetuadas no âmbito da Secretaria de Estado da Fazenda, ponto que não foi objeto de apreciação naquele feito.

O processo RLA nº 14/00309643 teve por objeto “a fiscalização na Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina - UDESC, no tocante à movimentação financeira, orçamentária e patrimonial e seus respectivos controles relacionados às suas receitas, com abrangência sobre o exercício de 2013 e eventualidades de 2012 e 2014, e também acerca da operacionalidade do Sistema de Administração Tributária do Estado (SAT) na Unidade.”

A auditoria constatou como irregularidade a desconsideração das doações ao Fundosocial da base de cálculo para a distribuição de recursos à Udesc, sem tratar especificamente dos casos descritos no processo em análise, tais como as contribuições realizadas pela Celesc, as questões referentes ao Convênio CONFAZ nº 85/2004 e as solicitações firmadas pelo Secretário de Estado da Fazenda, Antonio Marcos Gavazzoni. Pelo contrário, os achados de auditoria, além de diversos, foram de menor amplitude, como descrito no Relatório nº 304/2014, que foi objeto de audiência junto aos responsáveis no processo RLA nº 14/00309643:

“Todavia, percebe-se que as doações não estão sendo consideradas para fins de apuração de base de cálculo para a incidência dos percentuais devidos ao Tribunal de Justiça, à Assembleia Legislativa, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC), bem como para a distribuição aos municípios (fl. 08).

Observa-se que a planilha, fl. 08, do FUNDOSOCIAL (período de jan/2013 a mar/2014) foi elaborada por este corpo técnico com o objetivo de alcançar a base de cálculo utilizada pela contabilidade da Secretaria de Estado da Casa Civil, ainda que haja discordância quanto a apuração da base de cálculo para a distribuição dos percentuais aos poderes e à UDESC. Esta planilha utiliza

o critério de verificar o total da arrecadação do Fundo excluindo, entre outros, as doações.

As planilhas (fls. 09 a 13) demonstram os cálculos da contabilidade da Secretaria de Estado da Casa Civil. Elas utilizam o critério de somar diretamente algumas nomenclaturas, as doações não aparecem neste demonstrativo. Portanto, as duas planilhas chegam à mesma base de cálculo e também demonstram a ausência das doações nestas apurações.

Durante o período observado (jan/2013 a mar/2014) verificaram-se alguns pequenos equívocos na apuração da base de cálculo, além da exclusão das doações:

- R\$ 623,16 (nomenclatura 3794 – TJ/SC Custas Dívida Ativa), incluído indevidamente no movimento de outubro/2013;
- R\$ 19.772,94 (nomenclatura Dedução 3700 – ICMS conta gráfica) não deduzido do ICMS conta gráfica (R\$ 29.918.842,05);
- Nomenclaturas de “dedução” 3700 – ICMS conta gráfica, 3719 – Notificação fiscal e 3727 – ICMS Dívida Ativa de setembro/2013 utilizadas indevidamente para somar à base de cálculo e, ainda, considerando os seus valores acumulados no lugar dos arrecadados.
- R\$ 623,16 (nomenclatura 3794 – TJ/SC Custas Dívida Ativa), não incluído no movimento de março/2013.

Apesar de pequenas diferenças acima elencadas, entende-se que prioritariamente as doações, pelo seu caráter tributário, devem ser incluídas à base de cálculo para a distribuição das participações da UDESC.

Constata-se que a semelhança entre os objetos de cada processo está na fundamentação legal das restrições aportadas ao relatório de auditoria pela equipe técnica. Todavia, a comparação de ambos demonstra que os fatos abordados no processo em análise são distintos. Some-se a isso outro elemento capital, qual seja, a delimitação da responsabilidade. No processo RLA nº 14/00309643 o Sr. Secretário da Fazenda não constou como responsável, e suas solicitações formais à Celesc não foram detectadas naqueles autos, e sim no processo de que agora se trata.

Sequer haveria como se esquadrihar a responsabilidade do Secretário da Fazenda naquele processo, pois não figurou como responsável e seus atos não foram lá escrutinados. Em consequência, a assinatura de prazo para a correção das irregularidades, aprovada pelo Tribunal Pleno no processo RLA nº 14/00309643, não representou uma decisão pela ausência de responsabilidade do Secretário da Fazenda ou a inexistência de

elementos que comprovassem a ausência de gravidade de sua conduta. Em suma, inexistente obstáculo para que essa apuração ocorra neste processo.

Comprovada a irregularidade e a responsabilidade do Sr. Secretário da Fazenda, Antonio Marcos Gavazzoni, que solicitou por diversas vezes à Celesc fossem as contribuições direcionadas para os códigos de receita 3654 e 3662, o que determinou a subtração de tais recursos do cálculo das parcelas devidas aos Municípios, Poderes, Ministério Público, Tribunal de Contas e Udesc, além de impactar negativamente na destinação constitucional de recursos para a saúde e a educação, impositiva é a aplicação de multa a gestor. Na dosimetria da sanção, leva-se em conta a intencionalidade da conduta dirigida a reter indevidamente e manter em disponibilidade do Executivo recursos que não lhe cabiam, as gravíssimas consequências causadas, impondo-se perdas de grande monta aos prejudicados, e o alto grau de reprovabilidade da conduta, que caracterizou frontal desrespeito ao que foi decidido pelo E. Tribunal de Justiça em Ação Direta de Inconstitucionalidade e pelo Tribunal de Contas em Decisão já transitada em julgado.

Em vista do exposto, proponho a aplicação de multa ao Sr. Antonio Marcos Gavazzoni, Secretário de Estado da Fazenda, no valor de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), com base no art. 70, II, da Lei Complementar (Estadual) nº 202/2000, observado o limite estabelecido pelo art. 1º da Resolução TC nº 0114/2015. A descrição da irregularidade exposta na proposta de voto, apresenta modificações em relação a que proposto pela área técnica, sem, no entanto, alterá-la na essência, servindo apenas para aclarar os reais fundamentos da irregularidade. Também houve a junção das duas irregularidades concernentes ao repasse de recursos, isso porque, em realidade, compõem uma única.

Ainda, proponho seja comunicado o Ministério Público Estadual, pois os fatos descritos podem caracterizar, em tese, o delito de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art.315 do Código Penal), bem como a eventual prática de ato de improbidade administrativa, na forma da Lei (federal) nº 8.429/92.

II.2 – Compensação de “doações” da CELESC com o seu ICMS a pagar em montante superior ao permitido legalmente, autorizada e orientada expressamente através de ofício (fl. 11), considerando suas competências previstas no inciso I e letras “a” e “b” do inciso IV do art. 58 da Lei Complementar 381/2007 (estadual), sem fundamento ou amparo do inciso XV do artigo 15 do Anexo 02 do Decreto 2.870/2001, até novembro de 2015 (Item 2.3 do Relatório nº 14/2016);

Em relação a essa restrição, a DCE pontuou, após mencionar o teor dos ofícios enviados pelo Sr. Secretário da Fazenda, Antonio Marcos Gavazzoni, à empresa Celesc, que

embora não mencionado na missiva, é possível que a compensação por meio de crédito presumido tenha encontrado fundamento no art. 15, XV, Anexo II, do Decreto (Estadual) nº 2.879/2001, cuja redação prevê a contribuição no percentual de até 40% do imposto devido, a ser apropriado mensalmente¹⁷. Entretanto, esse percentual somente passou a vigorar em dezembro de 2015, pois até então o limite previsto no Decreto era de R\$ 1.750.000,00 (um milhão, setecentos e cinquenta mil reais) (fls.211 – 212v).

As justificativas específicas sobre a irregularidade estão na Informação DIAT nº 30/2016 (fls. 449 - 464), juntada aos autos pelo Sr. Secretário da Fazenda, da qual se extrai o que segue:

Conforme visto no histórico do Convênio ICMS 85/2004, o benefício do art. 15, XV, Anexo 2, RICMS/SC foi inicialmente concebido para atender ao Programa "Luz para Todos", em que as empresas distribuidoras de energia

¹⁷Art. 15. Fica concedido crédito presumido:

[...]

XV – enquanto vigorar o Convênio ICMS 85/04, à CELESC Distribuição S.A., equivalente a até, em cada ano, 40% (quarenta por cento) do imposto a recolher no mesmo período, a ser apropriado mensalmente, condicionado à aplicação de valor equivalente ao benefício na execução do Programa Luz para Todos, na execução de programas sociais relacionados à universalização de disponibilização de energia e no Fundo Estadual de Saúde, previsto na Lei nº 5.254, de 27 de setembro de 1976, ou no Fundo de Desenvolvimento Social (FUNDOSOCIAL), previsto na Lei 13.334, de 28 de fevereiro de 2005, cujo valor poderá ser aplicado em programas de educação especial ou na reeducação e reinserção social;

XV – Redação da - Alt. 3569 – vigente de 01.04.15 a 10.12.15:

XV – enquanto vigorar o Convênio ICMS 85/04, à CELESC Distribuição S.A., no valor de até R\$ 1.750.000,00 (um milhão, setecentos e cinquenta mil reais) mensais, limitado a 11% (onze por cento) do imposto a recolher no mesmo período, condicionado à aplicação de valor equivalente ao benefício na execução do programa “Luz para Todos”, em programas sociais relacionados à universalização da disponibilidade de energia, e no Fundo Estadual de Saúde (FES), previsto na Lei nº 5.254, de 27 de setembro de 1976, ou no Fundo de Desenvolvimento Social (FUNDOSOCIAL), previsto na Lei nº 13.334, de 28 de fevereiro de 2005;

XV – Redação da Alt. 3268 – vigente de 19.12.13 a 31.03.15:

XV – até 31 de dezembro de 2017, à CELESC Distribuição S.A., no valor de até R\$ 1.750.000,00 (um milhão, setecentos e cinquenta mil reais) mensais, limitado a 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) do imposto a recolher no mesmo período, condicionado à aplicação de valor equivalente ao benefício na execução do Programa Luz para Todos, na execução de programas sociais relacionados à universalização de disponibilização da energia e de projetos relacionados à política energética do Estado (Convênios ICMS85/04, 146/05, 139/07, 153/08, 147/10, 131/2012 e 116/13);

elétrica podiam fruir um crédito presumido no montante do custo da obra realizada no mês.

Os valores arbitrados (R\$ 1.750.000,00) no regulamento foram calculados com base no orçamento do projeto e na capacidade de execução da CELESC, devendo respeitar o limite de 3,5% da arrecadação. Tendo em vista que, se tratava de uma empresa privada, fez-se por bem definir um valor fixo, de forma que o Estado pudesse ter mais controle sobre os recursos.

Com a ampliação das possibilidades de destinação dos recursos, por meio do Convênio ICMS 25/15, houve majoração do limite de 3,5% para 11%, de forma a atender o Programa "Luz para Todos" e os outros fundos.

Contudo, a intemalização dessa regra no Regulamento do ICMS não foi feliz, pois o valor fixo de R\$ 1.750.000,00 era referente apenas ao Programa "Luz para Todos", com apropriação mensal, por conta de sua particularidade. O novo limite de 11%, que representa o teto do valor do crédito presumido para todas as destinações, com verificação anual e apropriação mensal, não teria sentido ter a mesma limitação de valor fixo do Programa "Luz para Todos", até mesmo porque, desde o início do Convênio, R\$ 1.750.000,00 nunca ficou perto de 11% da arrecadação da CELESC.

(...).

Ou seja, a internalização da regra acima se deu com uma redação completamente distinta do objetivo pretendido pelo Convênio, conforme podemos observar a seguir.

Art. 15...

XV - Redação da - Alt. 3569 - vigente de 01.04.15 a 10.12.15:

XV - enquanto vigorar o Convênio ICMS 85/04, à CELESC Distribuição S.A., no valor de até R\$ 1.750.000,00 (um milhão, setecentos e cinquenta mil reais) mensais, limitado a 11% (onze por cento) do imposto a recolher no mesmo período, condicionado à aplicação de valor equivalente ao benefício na execução do programa "Luz para Todos", em programas sociais relacionados à universalização da disponibilidade de energia, e no Fundo Estadual de Saúde (FES), previsto na Lei nº 5.254, de 27 de setembro de 1976, ou no Fundo de Desenvolvimento Social (FUNDOSOCIAL), previsto na Lei nº 13.334, de 28 de fevereiro de 2005;

O que ocorreu, então, foi um erro na regulamentação do benefício, pois ele misturou as regras específicas do Programa "Luz para Todos" com as doações aos fundos. Esse problema na redação só foi percebido mais tarde e corrigido com a alteração nº 3644, com efeitos a partir de 11.12.15. Com

isso, corrigiu-se a forma de verificação dos limites, que antes era mensal (para o Programa "Luz para Todos"), e passou a ser anual, além de contar com um novo limite de 40% do imposto a recolher (Convênio ICMS 133/2015).

XV -- enquanto vigorar o Convênio ICMS 85/04, à CELESC Distribuição S.A., equivalente a até, em cada ano, 40% (quarenta por cento) do imposto a recolher no mesmo período, a ser apropriado mensalmente, condicionado à aplicação de valor equivalente ao benefício na execução do Programa Luz para Todos, na execução de programas sociais relacionados à universalização de disponibilização de energia e no Fundo Estadual de Saúde, previsto na Lei nº 5.254, de 27 de setembro de 1976, ou no Fundo de Desenvolvimento Social (FUNDOSOCIAL), previsto na Lei 13.334, de 28 de fevereiro de 2005, cujo valor poderá ser aplicado em programas de educação especial ou na reeducação e reinserção social;

Assim, a alteração nº 3644, com efeitos a partir de 11/12/2015, introduziu o novo limite de 40% do imposto a recolher e corrigiu a forma de verificação, que passou de mensal para anual, mas com apropriação mensal já em 2015. Dessa forma, todas as contribuições realizadas pela CELESC em 2015 passaram a ficar dentro dos limites autorizados pelo Convênio 85/2004, conforme podemos observar na tabela a seguir: (...).

Na análise final, a equipe técnica mantém a restrição, por considerar, em síntese, que o percentual admitido de 40% (quarenta por cento) para a concessão de crédito presumido à Celesc com apropriação anual, não limitada ao valor de R\$ 1.750.000,00 (um milhão, setecentos e cinquenta mil reais) mensais, não regulariza as contribuições anteriores ao Decreto nº 516, de 10/12/2015, que passou a prever a apropriação no período, pois o seu art. 2º estatui que o mesmo entra em vigor na data da sua publicação, ou seja, sem retroatividade (fl. 676 fv). Além disso, a DCE sugere a declaração incidental de inconstitucionalidade do mencionado Decreto, visto ter criado benefício fiscal sem lei, em afronta ao art. 150 §6º, da Constituição Federal (fls.659 – 662v).

Acompanho parcialmente a área técnica.

Salta aos olhos a inconstitucionalidade do Decreto nº 516/2015, especialmente porque concedeu benefício tributário sem lei específica que o regule exclusivamente ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g, da Constituição Federal, baseando-se unicamente em autorização do CONFAZ. Essa unicamente permitiria que o Estado legislasse para definir as condições de concessão do

benefício, o que não ocorreu, já que permaneceu o limite máximo de 20% (vinte por cento) admitido pelo já citado art. 2º§ 1º, da Lei (Estadual) nº 15.242/2010.

Dessa maneira, são inconstitucionais todas as concessões de benefícios tributários em percentual superior a 20% (vinte por cento) do montante devido de ICMS no ano anterior. Aliás, esse percentual encontrava-se previsto no art. 8º, §3º, da Lei nº13.336/2005, ao qual fazia remissão o art.2º,§1º, da Lei (Estadual) nº 15.242/2010. Todavia, aquele preceito legal foi revogado pela Lei nº 16.940, de 24 de maio de 2016, tomando sem efeito o poder de autorizar contribuições ao Fundosocial em percentual superior ao que dispõe a Lei nº 13.334/2005, que instituiu o Fundo.

Entretanto, a irregularidade na forma em que apresentada pela DCE e que motivou a audiência do Sr. Antonio Marcos Gavazzoni não é apta a embasar conclusão pela imprescindibilidade de aplicação de sanção ao responsável.

A audiência teve por base a “Compensação de “doações” da CELESC com o seu ICMS a pagar em montante superior ao permitido legalmente, autorizada e orientada expressamente através de ofício (fl. 11), (...) sem fundamento ou amparo do inciso XV do artigo 15 do Anexo 02 do Decreto 2.870/2001, até novembro de 2015”. Esse Decreto, a que faz referência a restrição, é o que aprova o Regulamento do ICMS, e que teve o seu Anexo II, art. 15, XV, alterado pelo Decreto nº 516/2015, cujos termos a DCE sugere a declaração incidental de inconstitucionalidade.

Sem embargo, a irregularidade, em verdade, foi a concessão de benefício tributário sem previsão em lei específica, em afronta ao art. 150, 6º, Constituição Federal, e não propriamente a concessão em percentual não amparado do Regulamento do ICMS até novembro de 2015 (quando foi previsto o aumento do percentual para 40%). Da forma em que a irregularidade foi descrita, presume que a conduta relatada na auditoria teria suporte a partir da alteração do Regulamento do ICMS, conclusão essa contraditória com a percepção de que a mesma previsão do reportado Regulamento é incompatível com a Constituição Federal.

Ademais, estando prejudicada a restrição, notadamente porque a sua acolhida pressuporia a constitucionalidade dos termos do Decreto nº 516/2015, e ante a impossibilidade de inovar na atual fase processual, resta prejudicada a arguição de inconstitucionalidade do Decreto, já que obstada a aplicação de sanção pela irregularidade concernente à inconstitucionalidade, devido à falta de especificação do fato e seus fundamentos no relatório que embasou a audiência.

Por essas razões, como a inconstitucionalidade do Decreto nº 516/2015 não foi objeto de audiência, não há como se aplicar sanção ao responsável, estando prejudicada a

restrição. Não obstante, ante a detectada incompatibilidade com a Carta Magna, possivelmente suficiente para a utilização dos meios próprios do controle concentrado de constitucionalidade, e tendo em vista a necessidade de avaliar eventual enquadramento da conduta dos responsáveis pela edição do Decreto nº 516/2015 na Lei (federal) nº 8.429/92, deve-se dar conhecimento da matéria ao Ministério Público Estadual.

Por fim, quanto às determinações sugeridas pela área técnica, considero que a assinatura de prazo aos responsáveis no processo RLA 14/00309643, “para que apresentem medidas imediatas acerca do recolhimento junto ao FUNDOSOCIAL em código diverso do devido, arrogando tratamento contábil como doações, ao invés de receitas tributárias advindas de ICMS”, torna desnecessária nova determinação nesse sentido.

No tocante à determinação para o ressarcimento aos Poderes e Órgãos (item 3.6 da conclusão do Relatório nº TCE/DCE nº 414/2016), verifico que a Lei nº 17.053/2016 disciplinou a forma de cumprimento da obrigação pelo Poder Executivo. Tratando-se de reconhecimento da violação à Lei de Diretrizes Orçamentárias e efeitos concretizados unicamente na seara estadual é admissível que esta Corte de Contas não questione, por ora, a forma de parcelamento, sem prejuízo de que em eventual análise de contas ou em Representação interposta por titular de Poder, Órgão ou outro legitimado venha a ser discutida a constitucionalidade dos atos praticados com base na Lei. Pelas razões colocadas, no acompanhamento a proposição do Ministério Público de Contas para o monitoramento dos atos de execução da Lei nº 17.053/2016.

Mesma conclusão não se estende ao parcelamento proposto para a dívida com os Municípios¹⁸. Não há o menor fundamento de constitucionalidade na tentativa do legislador estadual de dispor sobre receitas que pertencem aos Entes Municipais por força de comando constitucional. Em consequência, deve-se afastar a aplicação da Lei (estadual) nº 17.053, de 20 de dezembro de 2016, a fim de que se faça determinação para a reposição imediata.

Finalmente, observo que a indigitada Lei estabeleceu regras para a compensação de valores devidos aos programas de saúde e educação (arts. 1º, §6º e 3º). Como a Lei é superveniente à instrução técnica, pertinente que se determine a formação de autos apartados para verificar a compatibilidade dessas disposições legais com a legislação aplicável à matéria.

¹⁸ Lei nº 17.053/2016: “Art.1º (...)§ 5º Os valores consignados como devidos aos Municípios serão apurados pela Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina em conjunto com o Tribunal de Contas do Estado, e baixados do Balanço Geral do Estado mediante transferências obrigatórias do Tesouro do Estado, ficando o Poder Executivo autorizado a compor a forma de repasse com os Municípios em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, a partir de julho de 2017”.

III – PROPOSTA DE VOTO

Diante do exposto, estando os autos instruídos na forma regimental, submeto a presente matéria ao Egrégio Plenário, propugnando pela adoção da seguinte proposta de voto:

1 – Conhecer do Relatório nº TCE/DCE nº 414/2016, que versa sobre auditoria para verificação da regularidade dos recolhimentos ao Fundosocial e a repartição constitucional dos recursos do Fundo aos Municípios, Poderes e Órgãos estaduais, para considerar irregular, na forma do art. 36 § 2º, a, da Lei Complementar (estadual) nº 202/2000, o ato descrito no item a seguir.

2 – Aplicar ao Sr. **Antonio Marcos Gavazzoni**, Secretário de Estado da Fazenda, CPF nº 827.189.469-20, com domicílio ao Centro administrativo, Rodovia SC401 Km 5 nº 4600, Saco Grande II, Florianópolis-SC, CEP 88.032-000, com fundamento no art. 70, II da Lei Complementar (estadual) nº 202/2000, **multa** no valor de **R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais)** em face de, atuando na condição de Secretário da Fazenda, ter solicitado e orientado a CELESC a efetuar doações ao Fundosocial por meio do código de arrecadação DARE 3662, além dos valores recolhidos por outros contribuintes nos códigos DARE 3662 e 3638, considerados como doações ao Fundo, ignorando a natureza tributária/ICMS dos recursos angariados e acarretando repasses a menor de recursos aos Municípios, aos Poderes e Órgãos Estaduais e impactando no mínimo constitucional de aplicação em saúde e educação, em afronta ao art. 158, IV, da Constituição Federal e art. 133, II, da Constituição do Estado de Santa Catarina; arts. 212 da Constituição Federal e 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e os arts. 26 e 27 da Lei (estadual) nº 16.445/2014 (item 2.1.1.1 do Relatório nº TCE/DCE nº 414/2016);

3 – Determinar à Secretaria de Estado da Fazenda, na pessoal do atual Secretário, Antonio Marcos Gavazzoni, que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, promova o ressarcimento aos Municípios de R\$ **198.952.185,50 (cento e noventa e oito milhões, novecentos e cinquenta e dois mil, cento e oitenta e cinco reais e cinquenta centavos)**, devidamente atualizados monetariamente, conforme a quota de cada um em relação ao ICMS

no exercício de 2015, bem como os valores não repassados referentes ao exercício de 2016 (item 2.1.1.1 do Relatório nº TCE/DCE nº 414/2016);

4 – Alertar a Secretaria de Estado da Fazenda, na pessoa do Sr. Secretário, que o não-cumprimento do item 3 dessa deliberação implicará a cominação das sanções previstas no art. 70, VI e § 1º, da Lei Complementar (estadual) n. 202/2000, conforme o caso, e o julgamento irregular das contas, na hipótese de reincidência no descumprimento de determinação, nos termos do art. 18, § 1º, do mesmo diploma legal.

5 – Determinar à Secretaria Geral deste Tribunal que acompanhe a deliberação constante do item 3 retrocitado e comunique à Diretoria Geral de Controle Externo, após o trânsito em julgado, acerca do cumprimento das determinações para fins de registro no banco de dados e encaminhamento à diretoria de controle competente para juntada ao processo de contas do gestor.

6 – Representar, com fundamento no art.1º, XV, da Lei Complementar (Estadual) à Procuradoria-Geral de Justiça, à Presidência da República e à Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, em virtude de suas competências, com remessa de cópia do processo na íntegra, tendo em vista a configuração, em tese, de tipos previstos no art. 34,V,b, da Constituição Federal, no art.72 da Constituição Estadual, além de preceitos do Código Penal e da Lei (federal) nº 8.429/92 (itens 2.1.1.1, 2.1.1.2, 2.1.1.3, 2.1.3.1 e 2.1.3.2 do Relatório nº TCE/DCE nº 414/2016);

7 – Determinar a formação de autos apartados para apurar a compatibilidade dos atos propostos pelos arts. 1º, §6º e 3º da Lei nº 17.053/2016 com a legislação atinente à aplicação dos recursos mínimos em saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino e ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação.

8 – Dar ciência do Acórdão, do relatório e da proposta de voto que o fundamentam, bem como do Relatório nº TCE/DCE nº 414/2016, aos Srs. **João Raimundo Colombo**, Governador do Estado de Santa Catarina, **Antonio Marcos Gavazzoni**, Secretário de Estado da Fazenda, **Celso Antônio Calcagnotto**, Secretário Executivo de Supervisão de Recursos Desvinculados da Casa Civil, à **Secretaria de Estado da Fazenda** como órgão central do sistema administrativo de execução financeira do Estado de Santa Catarina, e à Federação Catarinense dos Municípios (FECAM).

Gabinete, em 15 de maio de 2017.

Gerson dos Santos Sicca
Relator