

TC 027.076/2016-4

Tipo: Representação

Unidades jurisdicionadas: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE)

Assunto: Gestão de prestações de contas de recursos descentralizados pelo FNDE

Proposta: Mérito

Relatora: Ana Arraes

I. INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de Representação instaurada por determinação do Plenário deste Tribunal com o objetivo de analisar a gestão da prestação de contas de recursos descentralizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e propor medidas com vistas a dotar o processo de maior racionalidade e eficiência.

2. De acordo com registro constante da peça 47, em 3/9/2016, por meio da Portaria TCU 237, foram designados três auditores da Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto (SecexEducação) para compor Grupo de Trabalho (GT) responsável pela fase inicial de levantamento (peça 4).

3. Autorizado o plano de trabalho elaborado pela SecexEducação mediante Despacho da relatora (peça 20) e ciência da Presidência e parecer prévio da Segecex, que o aprovou em 9/12/2016 (peça 14, TC 033.905/2016-9), foi expedida a Ordem de Serviço Segecex 4, de 13/3/2017, para constituir novo GT, com vistas a dar continuidade ao processo de Representação e executar o plano de trabalho aprovado (peça 22).

4. Segundo a instrução mencionada, na fase de planejamento, a composição do GT contou com quatro auditores em dedicação exclusiva: dois da SecexEducação; um da Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde); e um da Secretaria de Gestão de Informações para o Controle Externo (SGI). Na fase de execução e relatório, o GT foi integrado de dois auditores da SecexEducação.

5. Embora tenham sido considerados conceitos e entendimentos de densa relevância constitucional e legal tratados na instrução de mérito da fiscalização realizada pela Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) em conjunto com a SecexSaúde no âmbito do TC 041.865/2012-0 (sem análise do mérito), esta Unidade Técnica não participou das discussões promovidas no âmbito do GT constituído pela Segecex, cujas conclusões subsidiaram os presentes autos. O processo mencionado refere-se à auditoria realizada para avaliar a natureza jurídica das transferências intergovernamentais decorrentes de parcela do mínimo constitucional de saúde de acordo com critérios exigidos pela CRFB e regulamentados pela Lei Complementar 141/2012.

6. Para além do impacto sobre as finanças públicas nacionais, deve-se considerar que a natureza jurídica das transferências intergovernamentais é matéria que afeta, com significativa densidade, a competência dos órgãos de controle (controle interno, controle externo e Ministério Público) e do Poder Judiciário para fiscalizar, processar e julgar a aplicação dos recursos federais

7. Em 23/5/2018, a relatora decidiu, mediante Despacho de peça 54, ouvir a Semag acerca dos possíveis impactos, sobre as finanças públicas nacionais e sobre as contas presidenciais anuais, da proposta de reforma da jurisprudência do Tribunal sobre a natureza das transferências intergovernamentais realizadas pelo FNDE aos entes subnacionais, em especial no que diz respeito aos aspectos orçamentários e fiscais.

8. Neste estágio, os autos chegaram à Semag para análise de mérito dos pontos destacados que se relacionam com a competência desta Unidade Técnica, notadamente quanto aos impactos sobre as finanças públicas da União (Resolução 284/2016, arts. 42 e 43).

II. DA PRELIMINAR

9. Em 8/3/2018, após a conclusão da instrução de mérito pela SecexEducação em 31/1/2018 (peças 47-49), o Conselho Nacional de Secretários de Educação (Consed), entidade de classe sem fins lucrativos que congrega os Secretários Estaduais de Educação, formalizou pedido de *amicus curiae* nos termos da peça 51, com a finalidade de integrar os presentes autos e, nos termos regimentais, contribuir com sugestões de aprimoramento do processo.

10. De saída, registre-se que o pedido de ingresso na condição de *amicus curiae* não traz fundamentos ou propostas que tenham qualquer relação com o exame empreendido por esta Unidade Técnica, cuja abordagem limita-se a aspectos do arranjo jurídico-institucional que possam, direta ou indiretamente, produzir impactos sobre as finanças públicas, notadamente no que tange à gestão fiscal responsável.

11. Quanto ao pedido, deve-se observar que não é pacífico o entendimento desta Corte de Contas acerca da intervenção do *amicus curiae* no processo de controle externo. Merecem citação as seguintes decisões:

Acórdão 2008/2015-TCU-Plenário, Relatoria do Ministro Vital do Rêgo

Enunciado: A figura do *amicus curiae* (amigo da corte), prevista na Lei 9.868/1999, não encontra guarida no rito processual do TCU, definido por seu Regimento Interno e pela Lei 8.443/1992.

Acórdão 1.659/2016-TCU-Plenário, relatoria da Ministra Ana Arraes

Enunciado: É possível admitir o ingresso de associação em processo do TCU na condição de *amicus curiae*.

Acórdão 1.550/2017-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

Enunciado: Não há direito subjetivo de órgão ou entidade, estatal ou não, de participar do processo na qualidade de *amicus curiae*. A convocação ou a aceitação de entidade para auxiliar o TCU, nessa condição jurídica, fornecendo subsídios técnicos para a formação do juízo de mérito, é faculdade exclusiva do relator, que preside o processo.

12. Sobressaem desta última decisão as seguintes passagens:

O instituto do amigo da corte ou *amicus curiae* se destina a possibilitar que, devidamente convocados pelo juiz, terceiros possam fornecer subsídios, de forma absolutamente isenta, visando a auxiliar o órgão jurisdicional, fornecendo-lhe elementos de convicção para decidir. Nesse sentido, o *amicus curiae* não pode ser parte, o que é o óbvio ululante; não pode representar parte, nem representante da parte, muito menos advogado da parte. Sua opinião é a de um técnico, um *expert*, na área sobre a qual normalmente não alcançam os conhecimentos do juiz.

A convocação de entidade para contribuir com o juízo é, portanto, faculdade exclusiva do juiz, que preside o processo, e deve ocorrer a partir de sua visão da realidade e dos fatos de que trata o processo, fazendo parte da fase de instrução do processo.

Nesse sentido, em nenhuma hipótese, há adrede o direito subjetivo de órgão ou entidade, estatal ou não, de participar do processo e emitir opiniões, gozando dessa especial qualidade jurídica.

13. É forçoso ressaltar que, segundo o Enunciado assentado no Acórdão 2.881/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Substituto Wéder de Oliveira, ‘*amicus curiae*’ e ‘*parte interessada*’ “são categorias jurídico-processuais distintas”. Segundo a decisão, o “amigo da corte” não é parte e não tem legitimidade para interposição de recursos, ao contrário do interessado (arts. 144 e 146 do Regimento Interno do TCU), em processos de controle externo”.

14. Como dito, os presentes autos foram instaurados por determinação do Plenário desta Corte de Contas com o propósito de avaliar a gestão da prestação de contas de recursos descentralizados pelo FNDE e propor medidas com finalidade de dotar o processo de maior racionalidade e eficiência.

15. Extrai-se desse contexto pretensão de interesse da categoria representada pela requerente. Isso porque, consoante o disposto no art. 9º da Lei 11.947/2009, o FNDE, os entes responsáveis pelos sistemas de ensino, as instituições de controle externo e os órgãos de controle interno federal, estadual e municipal “criarão, segundo suas competências próprias ou na forma de rede integrada, mecanismos adequados à fiscalização e ao monitoramento da execução” do Pnae.

16. Assim, versando o tema de fundo sobre questão relativa às prestações de contas a serem realizadas pelos gestores dos sistemas de ensino, alcançando, de forma direta, os representados pela requerente, vislumbra-se possível conveniência de ouvi-la.

17. Neste sentido, a critério da relatora e considerando o precedente assentado no Acórdão 1.659/2016-TCU-Plenário, a entidade interessada pode vir a ser admitida na condição de *amicus curiae*, uma vez que demonstra razão legítima para intervir no presente processo, vindo a recebê-lo no estágio em que se encontra.

18. Feitas essas considerações nesta preliminar, passa-se à análise do mérito.

III. ANÁLISE DO MÉRITO SOB A ÓTICA DAS FINANÇAS PÚBLICAS

III.1. Visão Geral do Objeto

19. De acordo com a instrução da SecexEducação, ao longo dos anos, o FNDE tem enfrentado dificuldades operacionais na gestão das prestações de contas da aplicação das transferências aos entes subnacionais no âmbito de programas educacionais geridos pela autarquia, com recorrente aumento do estoque de processos sem análise conclusiva. Esse fator crítico da gestão pública brasileira tem recebido destaque em decisões do TCU, à exemplo dos acórdãos 1.614/2013-TCU-Plenário (TC 026.597/2011-0, relator Ministro José Jorge), 6.337/2014-TCU-2ª Câmara (TC 022.296/2013-1, relator Ministro José Jorge), 7.790/2015-TCU-1ª Câmara (TC 023.014/2014-8, relator Ministro Bruno Dantas) e 1.007/2016-TCU-Plenário (TC 025.384/2015-5, relatora Ministra Ana Arraes).

20. Observa que a constatação também foi apontada pelo órgão de controle interno do Poder Executivo federal em recentes auditorias de gestão no FNDE, que aponta aumento do passivo de prestações de contas sem análise, revelando-se o principal problema enfrentado pela entidade ao longo dos últimos anos.

21. Segundo a SecexEducação, foram identificadas oportunidades de melhoria durante a fase de planejamento do trabalho, o qual foi pautado pelo seguinte objetivo:

identificar e recomendar medidas de racionalização, ganho de eficiência e melhoria da expectativa de controle do processo de prestação e de análise de contas de programas geridos pelo FNDE,

propondo, naquilo que couber, alterações no âmbito regulamentar e legal.

22. A referida Unidade Técnica registra, ainda, que foram priorizadas as transferências com maior potencial de impacto na otimização e racionalização da instrução e análise das contas prestadas anualmente ao FNDE. Dessa forma, optou-se por restringir o escopo deste trabalho às transferências relativas aos seguintes programas educacionais suplementares: Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae); Programa Nacional de Transporte Escolar (Pnate); e Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE Básico).

23. Aduz que, retiradas as transferências constitucionais do salário educação e a complementação da União para o Fundeb, esses programas respondem pela maior parte dos créditos liquidados anualmente pela Unidade Gestora FNDE (153173) nas modalidades de aplicação 30, 32, 40, 42 e 50 (R\$ 5,30 bilhões em 2016, 72% dos recursos liquidados nas citadas modalidades de aplicação).

24. Além da materialidade, destaca que esses três programas, segundo informações prestadas pelo FNDE, correspondiam a 76% (155.977 processos) das prestações de contas pendentes de análise no FNDE, quantitativo bem acima dos 20.895 processos de convênios, 26.211 de termos de compromisso e 1.104 de obras emergenciais.

25. Na sequência, ressalta a SecexEducação que o trabalho não objetivou revisar o modelo de repasse e prestação de contas adotado na área da educação. Registra que, durante as fases de planejamento e execução da fiscalização, foi estudado o modelo adotado pela área da saúde, no qual as prestações de contas são feitas por meio de **relatório de gestão**. Entretanto, dada a disparidade entre os **arranjos organizacionais dos modelos da saúde e da educação** e as fragilidades inerentes à prestação de contas por relatório de gestão, optou-se por avançar em proposições visando o aperfeiçoamento do atual modelo adotado na área da educação.

III.2. Considerações Gerais

26. A presente fiscalização teve por objetivo analisar a gestão da prestação de contas de recursos transferidos pelo FNDE aos entes periféricos da Federação com vistas ao alcance de maior racionalidade no processo de prestação de contas.

27. Para tanto, foram pinçados trechos do Relatório de auditoria objeto do TC 041.865/2012-0, da relatoria do Ministro Walton Alencar, realizada pela Semag, com a coparticipação da SecexSaúde, em atendimento ao item 9.5 do Acórdão 5.367/2012-TCU-2ª Câmara, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro. Na decisão, o Tribunal apreciou o Pedido de Reexame interposto pelo Ministério da Saúde em face do Acórdão 4.926/2008-TCU-2ª Câmara, ocasião em que o Ministério buscou afastar a competência do TCU para fiscalizar as transferências intergovernamentais regulares e automáticas provenientes do valor mínimo que a União deve aplicar em ações e serviços públicos de saúde, realizadas na modalidade fundo a fundo conforme previsto no art. 17 da Lei Complementar 141/2012.

28. O processo em referência teve por finalidade específica analisar a natureza federal dos repasses no âmbito do SUS que integram o mínimo de saúde da União e dos Estados. A partir de um exercício hermenêutico alargado, na instrução da peça 47 traça-se um paralelo entre as transferências voluntárias do FNDE e os repasses realizados na área da saúde por determinação constitucional regulamentada de forma peculiar pela Lei Complementar 141/2012.

29. Em apertada síntese, propõe-se alterar a jurisprudência consolidada pelo TCU sobre a natureza jurídica da transferência federal a título de Pnae, PDDE Básico e Pnate, de transferência

voluntária para obrigatória, com vistas a racionalizar as prestações de contas.

30. Sobre o Pnae, argumenta-se que a Emenda Constitucional 59/2009 estendeu o direito à alimentação - antes restrito ao ensino fundamental - a todas as etapas da educação básica (educação infantil, ensinos fundamental e médio). Aduz, ainda, que, em 2010, o direito à alimentação foi elencado no rol de direitos sociais pela Emenda Constitucional 64.

31. Quanto ao PDDE Básico, alega-se estar suportado pelo mesmo artigo constitucional (art. 208, VII), cujo programa se destina à cobertura de despesas de custeio, manutenção e de **pequenos investimentos**, que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino. Tanto o Pnae quanto o PDDE Básico foram disciplinados pela Lei 11.947/2009.

32. A terceira proposta de reforma jurisprudencial refere-se ao Pnate, cuja fundamentação está alicerçada no fato de que o transporte foi o último direito social reconhecido pela CRFB (art. 6º) com a promulgação da Emenda Constitucional 90/2015.

33. Destacam os propositores que, desde a promulgação da Constituição de 1988, foi assegurado o atendimento ao educando, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208, inciso VII). Registram que a Emenda Constitucional 59/2009 expandiu o programa - até então restrito ao ensino fundamental - para todas as etapas da educação básica.

III.3. Analogia entre as Transferências de Educação e Saúde

34. A proposta de encaminhamento constante do processo (peça 47) para justificar a mudança da jurisprudência consolidada pelo TCU, no sentido de alterar natureza jurídica e a classificação da transferência intergovernamental do FNDE - de voluntária para obrigatória - está pautada na analogia entre algumas transferências realizadas pelo FNDE com os repasses realizados no âmbito da saúde por previsão expressa na CRFB (art. 198, § 3º, inciso II). Todavia, há que se considerar as implicações dessa proposta e os riscos de natureza fiscal associados, conforme exposto a seguir.

35. Apesar de inegavelmente louvável a intenção de buscar mecanismos de racionalização das prestações de contas, o alcance desse objetivo não pode depender da alteração da natureza jurídica e da classificação da transferência federal, sob o risco de promover uma corrida desmedida para transformar a classificação de boa parte das transferências voluntárias.

36. A proposta de racionalização das prestações de contas produz, como medida reflexa, o esvaziamento do conteúdo normativo dos arts. 9º e 25 da LRF, considerados eixos para o equilíbrio das finanças públicas, tendo em vista o elevado risco de efeito multiplicador para outras políticas públicas relacionadas à promoção de outros direitos sociais. O primeiro dispositivo estabelece mecanismos de correção da execução orçamentária para garantir o cumprimento das metas fiscais (contingenciamento); o segundo prevê exigências indutoras da gestão fiscal responsável (condicionantes para recebimento das transferências voluntárias).

37. Trilhar o caminho da flexibilização jurisprudencial pode, ainda, trazer consequências para o exercício das competências dos órgãos e instituições federais para fiscalizar, processar e julgar as causas envolvendo tais recursos, além de impactos fiscais que não foram devidamente mensurados e mitigados nos presentes autos.

38. Oportuno lembrar que não são raras as investidas judiciais, extrajudiciais e legislativas para tentar afastar a competência de órgãos e instituições federais de controle e do Poder Judiciário federal para exercer o controle das transferências intergovernamentais realizadas pela União.

39. O arranjo jurídico-constitucional vigente não permite aplicar, por analogia, a legislação e o entendimento empreendido por esta Unidade Técnica no exame da natureza jurídica dos repasses originários de mandamento constitucional que impõe a distribuição de parcela do mínimo de saúde da União com as transferências intergovernamentais dos três programas implementados pelo FNDE.

40. Não se pode confundir previsão constitucional sobre os vários direitos - fundamentais ou sociais - com determinação constitucional instituidora de obrigação incondicional para a União realizar determinadas despesas públicas, as quais devem ser executadas diretamente ou mediante cooperação financeira com os entes subnacionais.

41. Se alguma simetria pode ser extraída das transferências intergovernamentais de educação e saúde, esta ocorre entre a transferência do salário-educação e a complementação federal ao Fundeb de um lado e os repasses provenientes da distribuição de parte do mínimo de saúde da União de outro. Tais hipóteses constituem, de forma inequívoca, obrigação incondicional imposta à União pela via constitucional, sem que se perca a natureza federal do recurso.

42. Fosse suficiente para configurar obrigatoriedade incondicional da transferência federal o fato de a alimentação e o transporte constarem do rol de direitos sociais elencados no art. 6º da CRFB, então quaisquer programas voltados para o trabalho, moradia, lazer, segurança e proteção à infância deveriam igualmente constituir despesa obrigatória da União e as transferências intergovernamentais decorrentes dos respectivos programas federais ser consideradas igualmente obrigatórias por natureza.

43. Visto sob uma perspectiva mais alargada, não haveria necessidade de promulgar a Emenda Constitucional 29/2000 para impor aos entes da Federação a aplicação de valor mínimo anual em ações e serviços públicos de saúde, uma vez que a saúde integra o rol não apenas de direitos sociais, mas também de direitos fundamentais, já que pelo acesso à saúde materializa-se o direito à vida.

44. Como se sabe, a Lei 11.947/2009 instituiu o Pnate (art. 4º) e o PDDE Básico (art. 22). O primeiro em por objetivo contribuir para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos, por meio de ações de educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo. Já o segundo, visa à cobertura de despesas de custeio, manutenção e de pequenos investimentos, que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino.

45. Nestes programas, os entes periféricos da Federação são obrigados a prestar contas ao FNDE do total dos recursos recebidos (arts. 8º e 26). Em ambos os casos, os programas são limitados aos recursos consignados no orçamento da União (art. 5º, § 1º).

46. No caso do Pnae, a lei adota o número de alunos matriculados na educação básica pública de cada ente da Federação a título de parâmetro para orientar a distribuição, tendo como referência o censo escolar realizado pelo Ministério da Educação (art. 5º, § 4º). No que diz respeito ao PDDE Básico, os critérios de alocação da dotação orçamentária federal são definidos pela via infralegal pelo Conselho Deliberativo do FNDE (art. 24). Tais dispositivos, apenas, reduzem a discricionariedade do gestor na distribuição dos recursos federais, o que poderia, perfeitamente, ser reproduzido a título de cláusula do convênio ou instrumento congêneres para efetivar a transferência. Não são atributos suficientes para configurar a criação de obrigação incondicional para a União.

47. Nos dois programas, as prestações de contas devem ser feitas ao FNDE, conforme prazos e critérios estabelecidos pela entidade federal, e demais órgãos e instituições federais de controle

(arts. 8º ao 10 e 26). De acordo com o art. 28, a fiscalização da aplicação dos recursos financeiros relativos à execução do PDDE é de competência do FNDE e dos órgãos de controle externo e interno do Poder Executivo federal e será feita mediante realização de auditorias, inspeções e análise dos processos que originarem as respectivas prestações de contas.

48. Para tanto, o FNDE, os entes responsáveis pelos sistemas de ensino e os órgãos de controle externo e interno federal, estadual e municipal devem, segundo suas competências próprias ou na forma de rede integrada, instituir mecanismos adequados à fiscalização e ao monitoramento da execução do Pnae (art. 9º).

49. A lei em questão autoriza o FNDE a suspender as transferências do Pnae nas seguintes hipóteses previstas no art. 20: i) não constituição do Conselho de Alimentação Escolar (CAE); ii) não apresentação da prestação de contas, na forma e prazos estabelecidos pelo FNDE; iii) constatação de irregularidades na execução do PNAE, na forma estabelecida pelo FNDE.

50. Consoante o art. 26, § 2º do mesmo Diploma, o FNDE também pode suspender as transferências do PDDE nas seguintes situações: i) omissão na prestação de contas, conforme definido pelo seu Conselho Deliberativo; ii) rejeição da prestação de contas; iii) utilização dos recursos em desacordo com os critérios estabelecidos para a execução do PDDE, conforme constatado por análise documental ou de auditoria.

51. Neste quesito reside uma das **contradições** da proposta de reforma da jurisprudência do TCU, uma vez que o condicionamento da transferência à apresentação e aprovação da prestação de contas e à correção na aplicação do recurso de acordo com o objeto pactuado são pressupostos de transferência voluntária, não de transferência obrigatória. A questão foi tratada pelo art. 25 da LRF, que regulamenta o art. 23 da CRFB (Acórdão 1.631/2006-TCU-Plenário, relator Augusto Sherman), a saber:

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, **entende-se por transferência voluntária** a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, **a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira**, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 1º São **exigências para a realização de transferência voluntária**, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

IV - comprovação, por parte do beneficiário, de:

- a) que se acha **em dia** quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como **quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos**;
- b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;
- c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;
- d) previsão orçamentária de contrapartida.

§ 2º É vedada a **utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada**. (grifamos)

52. Tais condicionantes, entretanto, não podem ser exigidas por ocasião da realização de transferências voluntárias relativas a ações de **educação**, saúde e assistência social por previsão expressa do § 3º do art. 25 da LRF.

53. Ao ponto que se chega, poder-se-ia discutir se as restrições previstas nos arts. 20 e 26, § 2º da Lei 11.947/2009 apresentam atrito de legalidade com a LRF, uma vez que exigem o implemento de condição para programas de educação que a norma geral de finanças públicas editada por lei complementar veda expressamente. Todavia, este não é o objetivo dos presentes autos, cujo tema, pela complexidade que anuncia, merece ser discutido em oportunidade específica e em conjunto com os órgãos da área econômica do Governo Federal.

54. Com exceção da regra expressamente prevista no art. 160, parágrafo único, inciso II da CRFB, que possibilita a União condicionar a entrega dos Fundos de Participação de Estados e Municípios (FPE e FPM) ao cumprimento do mínimo de saúde (uma das condicionantes para recebimento de transferência voluntária também), as transferências que decorrem de obrigação incondicional da União não estão sujeitas a nenhuma das restrições que possibilitem suspensão do repasse tais como as previstas nos arts. 20 e 26, § 2º da Lei 11.947/2009.

55. O comando constitucional mencionado, dado o seu caráter desafiador sob o prisma jurídico-operacional e *sui generis*, foi regulamentado de forma específica pelo art. 26 da Lei Complementar 141/2012, cujo conteúdo normativo não tem como - e não deve - ser reproduzido para nenhuma outra política pública, sob pena de produzir efeito contrário aos objetivos almejados.

56. Impende registrar que, ao estabelecer regras para manutenção do sistema de monitoramento e transparência dos orçamentos públicos em saúde, a Lei Complementar 141/2012 não inova ao prever, expressamente, que o descumprimento de suas disposições implicará suspensão das transferências voluntárias observadas as normas estatuídas pelo art. 25 da LRF.

57. Embora se trate de normas gerais definidas por lei complementar por força do art. 198, § 3º da CRFB, a Lei Complementar 141/2012 preservou as transferências voluntárias para as áreas de educação, saúde e assistência social ao fazer remissão expressa ao art. 25 da LRF, com a qual mantém plena harmonia.

58. A conclusão a que se chega é que a Lei 11.947/2009, em várias passagens, reproduz condições e exigências próprias de termos de convênios e instrumentos congêneres utilizados para formalizar diversos outros casos de transferência voluntária. Por se tratar de programas com **capilaridade nacional**, a Medida Provisória 455/2008 instituidora dos programas (convertida na Lei 11.947/2009) incorporou ao seu texto aspectos típicos de cláusulas conveniais, sem que tais previsões tenham o poder de desnaturar a transferência e criar obrigação incondicional para União.

59. O mesmo se verifica com o Pnate. Instituído pela Medida Provisória 173/2004 (convertida na Lei 10.880/2004), o Pnate tem por finalidade oferecer transporte escolar aos alunos da educação básica pública, residentes em área rural, por meio de assistência financeira, em caráter suplementar, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

60. Independentemente dos custos que envolvem a sua implementação, o FNDE destina ao Pnate o montante consignado no orçamento da União (art. 2º, § 2º). O art. 4º da lei em tela estabelece o modo de formalizar a transferência federal, dispensando a assinatura de instrumentos jurídicos formais - convênios, acordos e outros meios semelhantes - e autorizando a adoção de depósito direto na conta corrente do ente beneficiário, com o nítido objetivo de racionalizar o processo no plano operacional.

61. A lei mencionada também autoriza o FNDE a suspender a transferência dos recursos do Pnate nas hipóteses de: i) omissão na prestação de contas, conforme definido pelo Conselho; ii) rejeição da prestação de contas; iii) utilização do recurso em desacordo com os critérios estabelecidos para o programa (art. 5º, § 1º).

62. Com esse arranjo jurídico-institucional, não é possível extrair obrigação incondicional para União. Não há hipótese na Carta Política que possibilite suspensão de transferências cuja natureza jurídica seja efetivamente obrigatória por razão de omissão ou rejeição da prestação de contas.

63. Condicionante com essas configurações são típicas de transferência voluntária, conforme bem assentado na jurisprudência histórica do TCU. Os textos das Leis 10.880/2004 e 11.947/2009 apresentam nítidas previsões que refletem o conteúdo de cláusulas que, em geral, são constitutivas do termo de convênio, ajuste ou instrumento congênere, tendo o Poder Executivo editado as Medidas Provisórias – que foram convertidas em lei – com a inclusão dessas condicionantes com vistas a racionalizar a pactuação dos referidos programas. Apenas isso.

64. Não há, na configuração legal definida para o Pnae, PDDE Básico e Pnate, qualquer semelhança com os pressupostos jurídicos que definem a natureza das transferências obrigatórias referentes à complementação federal ao Fundeb, ao salário educação e à distribuição aos entes subnacionais de parcela do mínimo de saúde a que a União está obrigada aplicar anualmente.

65. Também carece de plausibilidade jurídica a tentativa de extrair simetria entre as **hipóteses de suspensão** das transferências do Pnae, Pnate e PDDE às **condicionantes de entrega** de recursos federais vinculados ao mínimo constitucional de saúde.

66. As condicionantes de entrega dos recursos federais e estaduais previstas no art. 22, parágrafo único da Lei Complementar 141/2012 decorrem das seguintes obrigações de índole constitucional:

i) exigência de fundo de saúde constante do art. 77, § 3º do ADCT;

ii) conselho de saúde constitui instância de controle social que assegura a participação da sociedade no SUS, atendendo a diretriz do art. 198, inciso III da CRFB;

iii) o plano de saúde, por meio do qual define-se a aplicação dos recursos dos fundos de saúde, constitui premissa básica do processo de planejamento ascendente, revelando-se peça-chave para a integração dos planos plurianuais, as leis de diretrizes orçamentárias, as leis orçamentárias, considerando o arranjo constitucional de uma rede regionalizada e hierarquizada organizada em sistema único descentralizado pautado pela direção única em cada esfera de governo, conforme previsto no art. 198, *caput* e inciso I da CRFB e art. 30 da Lei Complementar mencionada.

67. Essa não é, nem de longe, a conformação dos programas implementados pelo FNDE. Com o figurino definido na Lei Maior, não há como alterar a jurisprudência pacífica do TCU e rotular de obrigatórias as transferências do Pnae, Pnate e PDDE.

68. Além do elevado risco de efeito multiplicador para diversas outras políticas públicas, o que esvaziaria o art. 25 da LRF, que reproduz, em boa medida, exigência de densa relevância constitucional, a medida proposta traria impactos fiscais imediatos, com risco para as finanças da União pelas razões que serão expostas adiante.

69. Para encerrar este título, outra preocupação diz respeito aos riscos de geração de passivos contingentes incalculáveis decorrentes de eventual mudança de jurisprudência do TCU para conferir às transferências do FNDE a mesma configuração de obrigação incondicional que caracteriza a complementação federal ao Fundeb. Sabe-se que os custos de alimentação e transporte são permeados por variáveis que nem sempre são passíveis de controle, o que inspira atenção e cuidado específicos.

70. A inobservância por parte da União acerca do valor mínimo nacional a título da complementação ao Fundef gerou uma corrida ao STF com discussões travadas no Recurso Extraordinário (RE) 636978 e nas Ações Cíveis Originárias (ACOs) 648, 660, 669 e 700 que tramitaram no STF, cujo resultado foi a geração de dívida substancial para União que, segundo vem sendo noticiado, pode chegar a **R\$ 132 bilhões**. Merece destaque a seguinte passagem da reportagem do Jornal Valor Econômico de 2/8/2018:

AGU teme efeito fiscal de ‘pauta-bomba’ do STF

O fim do recesso do Judiciário recolocou no radar da Advocacia-Geral da União (AGU) alguns processos que estão na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF) e podem ter impacto bilionário nos cofres do governo federal. Levantamento da AGU obtido pelo Valor elenca alguns casos considerados delicados e que devem ser julgados em breve pelos ministros do Supremo, que retomaram os trabalhos nesta quarta-feira. Ontem mesmo um deles, capaz de gerar despesas de R\$ 2,3 bilhões, já foi decidido contra os interesses da União. A AGU estuda o recurso cabível.

...

Outro julgamento que tem recebido atenção da AGU analisará pedido de mudança da regra de cálculo para complementação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) pela União aos Estados do Ceará, Alagoas e Minas Gerais. O órgão cita nota técnica do Ministério da Educação, segundo a qual o impacto financeiro para a União dependerá da forma de incidência da correção monetária e juros aplicáveis. “O **valor originário de R\$ 23,5 bilhões**, calculado pela metodologia compatível com a lógica original do Fundef se elevaria a R\$ 30 bilhões ao se utilizar a metodologia simplificada atualmente em uso. No cenário mais gravoso ao erário, de atualização monetária linear pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, o valor corrigido passaria de **R\$ 101 bilhões para R\$ 132 bilhões**”, estima o governo. Já a análise dos embargos de declaração do Recurso Extraordinário nº 870947 pode gerar um impacto de **R\$ 7 bilhões**. (<https://www.valor.com.br/brasil/5705533/agu-teme-efeito-fiscal-de-pauta-bomba-do-stf>) - grifamos

71. Diante desse quadro, não é demais observar que a judicialização de matérias que impactam a política fiscal foi considerada um dos fatores determinantes para a evolução da dívida pública federal no período de 2000-2017, conforme consignado no Acórdão 1.084/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz.

72. Nesse sentido, as propostas de mudança da jurisprudência do TCU devem ser precedidas de amplo debate interno e também com os órgãos e entidades da União, em especial os órgãos da área econômica que detêm a responsabilidade e, sobretudo, o desafio de cumprir as regras constitucionais e legais que estabelecem metas fiscais, que nos últimos anos têm se demonstrado por demais desafiadoras.

III.4. Transferências do PDDE, Pnae e Pnate não Constituem Obrigações Incondicionais para União

73. A questão central analisada nos presentes autos refere-se à busca de solução para a racionalidade dos processos de prestação de contas. Para tanto, empreende-se a análise consubstanciada nos itens 39 a 104 da instrução de peça 47, cuja conclusão se resume na mudança de jurisprudência para considerar obrigatórias as transferências do Pnae, Pnate e PDDE Básico.

74. Embora o arranjo atual não represente qualquer risco para a continuidade dos programas mencionados, os quais têm se mantido livres do contingenciamento e da suspensão das transferências voluntárias em razão da previsão do art. 25, § 3º da LRF, o caminho proposto cria um ambiente fértil para o agravamento do quadro fiscal na União, podendo atingir estados e municípios pela simetria

que permeia a aplicação das normas gerais que norteiam as matérias tratadas nesta análise.

75. No que tange à política de educação, a modelagem constitucional é bastante diferente do arranjo jurídico-constitucional delineado para o SUS.

76. A questão exige análise alargada sob a ótica do pacto federativo, cotejando-se com regras previstas na própria Constituição para cada uma das políticas públicas, que não são plenamente simétricas em sua conformação.

77. De saída, deve-se considerar que, consoante o art. 23, insere-se na competência comum de todos os entes “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação” (V), cabendo a leis complementares fixar normas para a cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

78. Essas normas de cooperação, segundo o Voto condutor do Acórdão 1.631/2006-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Sherman, foram estabelecidas pela LRF, que fixa as condições para as transferências voluntárias, as quais podem ser realizadas segundo quaisquer meios previstos no art. 71, inciso VI da Carta Política, inserida nas hipóteses a modalidade fundo a fundo inclusive.

79. Sobre obrigação incondicional, pressuposto essencial para configurar transferência obrigatória de fato, merece reprodução o seguinte trecho do Voto condutor da decisão mencionada:

10. O segundo dos argumentos aportados, de pronto, funda-se em premissa incorreta, ao atribuir, ao termo “competência” constante do *caput* do art. 23 da Constituição Federal, o sentido de “**obrigação incondicional**”. O fato de a União ser corresponsável não lhe cria a obrigação de empreender ações em conjunto com os outros responsáveis de forma incondicional. Aliás, presente o fato de que, nos termos do *caput* do art. 18 da CF/1988, os entes integrantes da República Federativa do Brasil são **autônomos**, a conclusão necessária é de que sua atuação em conjunto pressupõe necessariamente **a cooperação**, a colaboração, a reciprocidade, sem que um tenha supremacia sobre o outro. Os pareceres em que se fundamentam as justificativas apresentadas findam por apresentar alegação que não se sustenta, ao argumentarem que não poderia a União obstar a transferência de recursos para implementar projetos culturais, sob pena de estar descumprindo obrigação constitucional. De pronto, cabe esclarecer que, no caso, não é isso que ocorre, já que a União, ao não efetuar os aportes de recursos com esteio nos dispositivos da LRF, o estará fazendo dentro dos limites de sua autonomia fixados na referida lei, que decorre diretamente de comando constitucional. Haveria descumprimento de obrigação por parte da União, aí sim, caso deixasse ela de observar as exigências da LRF.

11. Cabe anotar, quanto às **transferências voluntárias e obrigatórias**, que o texto constitucional, quando pretendeu referir-se a estas últimas, o fez de forma expressa, como, por exemplo, ao dispor sobre as receitas tributárias a serem entregues pela União aos estados, Distrito Federal e municípios, no art. 159, bem como ao dispor sobre a aplicação de percentual mínimo de receitas de impostos em “educação”, no art. 212. Para a “cultura”, não obstante sua relevância, a Constituição não criou, para a União, transferência de receitas obrigatórias ou realização de despesas obrigatórias.

12. Os aportes federais de recursos para projetos culturais, por meio do FNC, por sua vez são transferências voluntárias, conforme definido no art. 25, *caput*, da LRF, vez que são recursos transferidos a estados e municípios a título de cooperação. Note-se que a própria LRF define o que sejam transferências voluntárias antes de lhes impor limites e condições. O próprio texto constitucional contradiz a assertiva dos pareceres no sentido de que transferências de recursos do FNC para projetos culturais seriam transferências obrigatórias, e não transferências voluntárias,

por estarem inseridas na competência comum das unidades da federação e não se realizarem a título de cooperação. É que o art. 23 da CF/88, trazido a lume pelo parecer, em seu parágrafo único, prescreve que caberá a lei complementar (no caso, a LRF é lei complementar) fixar normas de cooperação entre os entes federados para o exercício das competências comuns ali mencionadas. A menção à **cooperação** entre os entes é expressa. Evidente que não há como estender a tais competências o sentido de obrigação incondicional. Logo, não se vê contradição alguma entre a LRF e o art. 23 da Constituição Federal. Aliás, ocorre justamente o oposto, o dispositivo constitucional é sustentáculo do dispositivo legal complementar. (grifamos)

80. Conforme consignado na instrução de mérito do TC 041.865/2012-0, o debate e a reflexão sobre as cooperações e assistências financeiras entre os entes da Federação, distinguindo os repasses realizados pelo ente concedente a título de transferências obrigatórias e voluntárias, devem se dar de forma sistemática, por se tratar de ponto de relevo das normas gerais de finanças públicas.

81. As restrições constitucionais e legais instituídas para a realização de repasses federais e estaduais desempenham papel importante para a consolidação e manutenção da estabilidade das finanças, que, por sua vez, constitui um dos objetivos intrínsecos do Programa de Estabilidade Fiscal.

82. Nesse contexto, a LRF representa instrumento indutor da gestão dos recursos públicos com responsabilidade, a partir de regras claras e precisas, aplicadas a todas as esferas de governo, em todos os níveis, relativamente à gestão de receita e despesa públicas – em especial as despesas com pessoal –, endividamento e gestão do patrimônio, sob ótica transparente dos resultados fiscais alcançados pelo administrador público.

83. A reflexão sobre as transferências intergovernamentais requer, necessariamente, um estudo mais detido sobre o modelo federativo. No Brasil, o modelo federativo delineado pela Constituição 1988 é pautado na repartição de competências normativas, materiais e tributárias entre os entes autônomos. É comum a análise das competências tributárias sem cotejá-las com as competências materiais dos entes da Federação, o que, por vezes, conduz a conclusões equivocadas.

84. Quanto ao federalismo fiscal mais precisamente, tem-se que foi delineado consoante os termos mais gerais do pacto federativo. A estrutura tributária permaneceu tripartida, dividida em impostos, taxas e contribuições de melhoria, de competência dos entes das três esferas de governo.

85. Nessa mesma tecla, a Carta Política instituiu a repartição de receitas entre os entes da Federação (arts. 153, 157 a 159), as quais integram o rol de receitas próprias do ente beneficiário estadual, distrital ou municipal, sem qualquer imposição de restrições pelo ente transferidor, salvo as condicionantes previstas no art.160 da CRFB.

86. Dessa forma, os serviços essenciais – nos quais sobressaem as políticas de educação e saúde - no âmbito de cada unidade autônoma devem ser assegurados a partir dos recursos dos impostos diretamente arrecadados e das transferências constitucionais, estas, sim, não sujeitas a qualquer tipo de condição ou restrição à entrega e ao emprego, conforme assegura o art. 160 da Constituição, ressalvados os casos previstos no seu parágrafo único (pagamento de dívida e cumprimento do limite em saúde).

87. Ao assim sistematizar a Lei Fundamental, o constituinte se aproxima de um federalismo de fato, alicerçado na descentralização de recursos por repartição de receita, premissa básica para promoção das condições necessárias para que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios possam atender, sem subordinação, com autonomia, as demandas que lhes foram atribuídas na repartição de competências constitucionais.

88. Essas são as bases que dão sustentação à entrega de recursos federais e alicerçam a

manutenção dos serviços essenciais por cada unidade da Federação autônoma. As transferências voluntárias não possuem o condão de assegurar tais serviços, pois se o modelo fosse esse restaria por afrontar o pacto federativo, já que tais transferências, pela sua natureza, são realizadas se e nas condições e montantes que o ente concedente estiver disposto a cooperar, visando à realização conjunta de determinado programa, com um ou outro estado ou município, não com todos.

89. Ao repartir as competências comuns entre a União, estados, Distrito Federal e municípios, o constituinte estabeleceu que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único).

90. Uma das leis complementares que disciplina essas cooperações é a LRF, que conceitua e estabelece exigências e vedações para as transferências voluntárias (art. 25). Esse entendimento pode ser verificado no voto do relator que fundamenta o Acórdão 1.631/2006-TCU-Plenário, com trechos transcritos em itens precedentes.

91. Nas ações de educação e saúde, em particular, há outras diretrizes constitucionais que preveem cooperações financeiras de longo prazo e até mesmo permanentes, para garantir a equalização do atendimento na Federação, cujas previsões não se confundem, de forma alguma, com o pacto federativo fiscal (repartição de receita tributária). Cite-se, a título de exemplo de transferência obrigatória de longo prazo, a complementação federal ao Fundeb, assim como a distribuição permanente do salário educação.

92. Em 2006, a Emenda Constitucional 53, que disciplinou o Fundeb, deu nova redação ao art. 23, parágrafo único, da Constituição, permitindo que mais de uma lei complementar dispusesse sobre as cooperações para implantação de ações que integram a competência concorrente dos entes da Federação, como é o caso das ações de educação e saúde. Também foi alterada a redação do art. 30, inciso VI, com vistas inserir na competência material comum a manutenção, com a cooperação técnica e financeira da União e do estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental.

93. No plano da educação, todavia, o papel de cada esfera de governo precisa ser analisado em conjunto com as prioridades taxativamente definidas no art. 211, § 1º, da CRFB, que estabelece a função redistributiva e supletiva da União em matéria educacional, cujo arranjo jurídico-institucional em muito se difere das cooperações financeiras na área da saúde.

94. Se algum paralelo pode ser extraído entre as políticas de educação de saúde este se dá com as transferências obrigatórias da União definidas pelo art. 198, § 3º, inciso II da CRFB e pelo art. 60 do ADCT, que instituiu o Fundeb, somado à distribuição do salário educação, obrigatória por imperativo constitucional (art. 212, § 5º).

95. Esses são os mandamentos constitucionais que obrigam a União a aplicar, de forma incondicional, recursos do orçamento em ações e serviços públicos de saúde e de manutenção e desenvolvimento do ensino referentes a modalidades que são da responsabilidade constitucional dos entes subnacionais. Essa é a simetria plausível entre as transferências de educação e saúde que se extrai da Carta Política.

96. Não há qualquer mandamento constitucional que permita extrair obrigação incondicional para União implementar as ações previstas em leis infraconstitucionais instituidoras do Pnae, Pnate e PDDE Básico.

97. Tomando por empréstimo as palavras do Ministro Augusto Sherman no referido Voto, que não se tome como juízo da Semag, de forma alguma, menosprezar a importância da valorização

dos programas da educação para merenda e transporte escolares, ações inseridas no rol de responsabilidade constitucional e legal dos estados e municípios consoante a LDB.

98. No exercício do controle externo, porém, o Tribunal não pode se distanciar de sua missão de guardião da responsabilidade fiscal, tomando como parâmetro como a Constituição da República, notadamente no que se refere à definição de papéis no âmbito do pacto federativo, e os princípios de Direito.

99. Em que pese a importância dos programas mencionados, as políticas de educação e saúde não podem passar ao largo das normas gerais de finanças públicas; e não passam. Fosse a essencialidade da política, a previsão dos programas em lei e a criação de fundos suficientes para justificar a natureza obrigatória de ordem incondicional, restaria sem sentido a previsão da educação e saúde no rol das exceções previstas no § 3º do art. 25 da LRF, que possibilita a realização de transferências voluntárias mesmo quando as condicionantes (ou exigências) não são cumpridas.

100. Se há previsão de exceção ao cumprimento de condicionantes é porque, sem dúvida, em ambas políticas públicas há programas essenciais implementados por meio de transferências voluntárias, as quais recebem tratamento especial definido na própria lei complementar definidora de normas gerais de finanças públicas, sem espaço para previsões casuísticas nas leis instituidoras do próprio programa, sob pena de subverter as normas gerais exigidas pelos arts. 163 e 169 da CRFB, que a todos obriga sem distinções não previstas na própria LRF.

101. Como dito, o art. 18 da Lei Complementar 141/2012 não deixa dúvida de que, mesmo na política de saúde, há transferências obrigatórias incondicionais e também transferências voluntárias, consideradas voluntárias as transferências que excederem o montante que deve ser repassado em atendimento ao disposto no art. 198, § 3º, inciso II, regulamentado pelo art. 17 daquele Diploma legal.

102. O arranjo previsto no art. 18 da Lei Complementar 141/2012 revela, de forma inequívoca, que a criação de fundo e a instituição de sistemáticas diferentes para o tipo de repasse fundo a fundo (ou depósito em conta corrente) são medidas que racionalizam a gestão das ações de cooperação, mas não são suficientes para desnaturar a classificação da transferência.

103. Fossem a mera criação de fundo e a substituição de termos formais de convênio por repasses eletrônicos (fundo a fundo ou depósito direto em conta corrente) fatores suficientes para desnaturar a natureza jurídica e classificação da transferência, a decisão proveniente do Acórdão 1.631/2006-TCU-Plenário careceria de sentido lógico, pois bastaria os fundos de cultura adotarem mecanismos semelhantes ao do PDDE Básico, Pnae e Pnate para que suas transferências ganhassem outra configuração jurídica.

104. As obrigações incondicionais dos entes da Federação devem ser extraídas do texto constitucional, que não silencia em relação à política de educação. Deve-se considerar que, consoante o art. 208, a promoção da educação é dever do Estado, considerados todos os entes da Federação.

105. Para defender a obrigatoriedade incondicional imposta à União, os propositores partem do princípio de que o inciso VII do art. 208 estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de, dentre outros, de “atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, **transporte, alimentação** e assistência à saúde”.

106. A ideia, apresentada de forma isolada, não tem como prosperar. A uma, porque não considera que o termo ‘Estado’ no dispositivo constitucional ventilado não é sinônimo de ‘União’, mas sim de Poder Público. A duas, a previsão do art. 208 em questão deve ser interpretada à luz do

pacto federativo, mais precisamente do rol de competências materiais comuns previstas no art. 23 da CRFB. Deve-se, ainda, contextualizar sua relação de interdependência com o arcabouço infraconstitucional que disciplina a matéria.

107. Ao passar ao largo do art. 23 da CRFB, as conclusões consignadas na instrução do presente processo (peça 47) não consideram aspectos relevantes da competência material comum assim definida:

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

...

V - **proporcionar os meios de acesso** à cultura, à **educação**, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - manter, **com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado**, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (grifamos)

108. Assim sendo, a referência do art. 208, inciso VI da CRFB deve ser interpretada de forma sistemática com a definição das competências materiais no âmbito do pacto federativo, sobressaindo a fixação expressa de papéis comuns que não obrigam apenas a União em matéria de educação.

109. Essa interpretação sistemática impõe passagem pelo art. 211 da Magna Carta, que reparte, taxativamente, os papéis entre os entes da Federação no que tange às responsabilidades com educação, cuja modelagem é bastante diferente de ASPS (SUS).

110. De acordo com o dispositivo a Carta Política, cabe à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios organizarem, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino (211, *caput*). Nessa passagem, o constituinte foi preciso ao definir as responsabilidades de cada esfera de governo.

111. A União tem o dever de organizar o sistema federal de ensino e o dos territórios, financiar as instituições de ensino públicas federais e exercer, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 211, §1º).

112. Essa redação do § 1º do art. 211 da Lei Maior foi dada pela Emenda Constitucional 14/1996, que incluiu o art. 60 do ADCT e instituiu o Fundef (reformulado para o Fundeb com a promulgação da Emenda Constitucional 53/2006), cuja sistemática cria hipótese de transferência obrigatória incondicional para União mediante complementação federal ao Fundeb.

113. O art. 211 também estabelece com precisão os papéis no plano subnacional. Os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (§ 2º); os estados e o Distrito Federal devem atuar prioritariamente no ensino fundamental e médio (§ 3º). Estabelece, ainda, que na organização de seus sistemas de ensino, os estados e os municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório (§ 4º). Nessas bases constitucionais, se alguma transferência obrigatória deve existir além das mencionadas para a União, deve ser do estado em relação aos respectivos municípios.

114. Como se nota, enquanto para o SUS o constituinte estabeleceu um figurino singular alicerçado numa rede regionalizada e hierarquizada constituída em sistema único, para educação a Carta Política fixou papéis bem definidos e diferenciados para cada esfera de governo, os quais são reforçados na Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes Básicas da Educação - LDB) nas seguintes passagens mencionadas a título ilustrativo:

Art. 10. Os **Estados** incumbir-se-ão de:

...

VII - assumir o **transporte escolar** dos alunos da rede estadual.

...

Art. 11. Os **Municípios** incumbir-se-ão de:

...

VI - assumir o **transporte escolar** dos alunos da rede municipal. (grifamos)

115. A LDB acaba com eventual dúvida que porventura tenha persistido até aqui. É patente que as ações de transporte escolar, por exemplo, integram ações da competência dos estados e municípios. Para financiar tais ações, os entes subnacionais contam com recursos mínimos dos impostos para aplicar nessas ações de MDE de que trata o art. 212 da CRFB priorizadas pelo legislador ao estabelecer as normas gerais. Não há, no ordenamento jurídico, nada que indique obrigação incondicional da União com tais despesas, embora sejam meritórias.

116. Apesar do disposto no art. 208, inciso VII da CRFB, que elenca a alimentação e a assistência à saúde no rol de deveres do Estado (poder público) com a educação, tais despesas, por exemplo, não são contempladas pelo conceito de MDE, não podendo ser custeadas com recursos do mínimo constitucional de educação, por exemplo. O art. 70 da LDB é elucidativo quanto às despesas inseridas no rol considerado para fins de financiamento com recursos obrigatórios, nos seguintes termos:

Art. 71. **Não constituirão despesas** de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

...

IV - **programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;** (grifamos)

117. Para a implementação das medidas do art. 208, há uma lógica de financiamento própria prevista no art. 212 da Lei Maior, que impõe a todos os entes da Federação a aplicação de percentual mínimo da receita líquida dos impostos (18% para União; e 25% para os demais entes) em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), além de instituir a contribuição social do salário educação (§5º), cujas cotas estaduais e municipais são asseguradas nos termos do § 6º do mesmo artigo. Esses são, sem dúvida, exemplos de despesas próprias e transferências intergovernamentais obrigatórias, respectivamente.

118. Na esteira, o art. 75 da LDB estabelece que a ação supletiva e redistributiva da União e dos estados será exercida de modo a corrigir, progressivamente, as disparidades de acesso e garantir o padrão mínimo de qualidade de ensino.

119. Essa ação obedecerá à fórmula de domínio público que inclua a capacidade de atendimento e à medida do esforço fiscal do respectivo estado, do Distrito Federal ou do município em favor da manutenção e do desenvolvimento do ensino (§ 1º). Registre-se que:

A capacidade de atendimento de cada governo será definida pela razão entre os recursos de uso **constitucionalmente obrigatório** na manutenção e desenvolvimento do ensino e o custo anual do aluno, relativo ao padrão mínimo de qualidade. (§ 2º)

120. Esse arcabouço normativo impõe, por certo, voltar o olhar para o art. 70 da LDB, que estabelece as ações de MDE consideradas incondicionais. Essas são, inequivocamente, despesas que,

no volume dos recursos mínimos, são consideradas obrigatórias incondicionais, desde que estejam harmônicas com o papel constitucional definido para cada esfera no art. 211.

121. Ao rotular as transferências voluntárias da educação (PDDE, Pnae e Pnate) em supostas despesas obrigatórias incondicionais para a União, com vistas a tão somente racionalizar o processo de prestação de contas, cria-se uma série de problemas de ordem jurídico-constitucional-fiscal que não foram considerados na análise, a qual acarretará, inevitavelmente, impacto nas finanças públicas que podem resultar em desajuste fiscal de difícil solução.

122. A matéria, pela sua dimensão e possíveis repercussões, precisa ser mais bem estudada, de forma multidisciplinar de forma a assegurar a participação de especialistas dos órgãos estratégicos do Poder Executivo e também de controle, à exemplo das medidas cautelosas adotadas pela Semag na condução da auditoria objeto do TC 041.865/2012-0, o que resultou na construção de uma tese juridicamente segura que inclusive contou com a anuência do então Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, Paulo Soares Bugarin, além do reconhecimento público, pela Procuradoria-Geral da República, sobre a importância do trabalho realizado nos seguintes termos:

O Tribunal de Contas da União (TCU) realiza importante auditoria objeto do TC 041.865/2012-0, da relatoria do ministro Walton Alencar Rodrigues, com vistas a esclarecer a **natureza jurídica das transferências federais** previstas na Lei Complementar 141, de 2012, seus aspectos fiscais e de controle.

O relatório preliminar realizado pela unidade técnica do órgão de fiscalização e instrução do TCU foi submetido aos Ministérios da Saúde, da Fazenda e do Planejamento - assim como à Controladoria-Geral da União, entre outros órgãos do Poder Executivo - para manifestação, no prazo de 30 dias, acerca da análise empreendida, em especial no que tange aos possíveis desdobramentos de ordem fiscal caso as transferências federais vinculadas à saúde passem, em tese, a ser consideradas receitas próprias dos estados e municípios, à semelhança das transferências que alicerçam o pacto federativo.

A Secretaria de Macroavaliação Governamental do TCU também deu ciência aos subprocuradores-gerais da República titulares da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) e da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (5ª CCR) da Procuradoria-Geral da República, para que, entendendo oportuno, se manifestem sobre os aspectos fiscais e de controle dos recursos federais previstos na Lei Complementar 141, de 2012, transferidos aos entes subnacionais.

Ao se debruçar sobre os argumentos preliminares reunidos no relatório de auditoria, **a PFDC acredita que o resultado desse trabalho poderá lançar luzes sobre a controvertida questão da competência federal ou estadual na fiscalização e controle da aplicação de verbas para ações e serviços públicos de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente a partir dos conceitos e normas previstos na Lei Complementar nº 141, de 2012, editada para regulamentar o artigo 198 da Constituição.**

Para a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, os argumentos reunidos no relatório preliminar mencionado vêm ao encontro do estudo relatado pelo procurador da República Edilson Lima, no âmbito da Relatoria para o tema Aplicação de Verbas Federais em Saúde, da 5ª CCR/MPF para subsidiar a sua manifestação sobre o Ministério Público competente para fiscalizar a aplicação de recursos federais transferidos pela União a Estados e Municípios previstos na referida Lei Complementar. A Procuradoria-Geral da República acompanhará a apreciação da matéria pelo Plenário do TCU e tão logo seja proferida a decisão final dará ciência aos membros do MPF. (<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2013/fevereiro/aplicacao-de-verbas-federais-em-saude-tcu-submete-relatorio-preliminar-a-pfdc-e-a-5a-ccr/>)

123. Não se identifica substrato jurídico que possa extrair do texto constitucional, que impõe à União função redistributiva e supletiva, obrigação incondicional com transferências obrigatórias para além da complementação do Fundeb (R\$ 11,7 bilhões) e das cotas do salário educação (R\$ 3,5 bilhões) distribuídas aos entes subnacionais, conforme valores executados em 2017.

124. Eventual atecnia na elaboração dos manuais e orientações elaborados pelas Secretarias de Orçamento Federal e do Tesouro Nacional, dentre outros órgãos e fóruns mantidos pelo Poder Executivo, devem ser objeto de prévia discussão e análise alargada, com vistas a evitar a consolidação de jurisprudência sem o devido exame panorâmico de seus possíveis reflexos e riscos.

125. A natureza jurídica do repasse de recursos vinculados a ASPS é de feição constitucional singular, processando-se de modo regular e automático segundo critérios de distribuição exigidos pela própria CRFB.

126. Não se pode olvidar que pelo menos 60% da complementação do Fundeb devem ser aplicados em despesa com pessoal pelos estados e municípios, enquanto os repasses do salário educação podem custear a integralidade de despesas do mesmo gênero, o que tem impacto direto sobre os limites fiscais no plano subnacional.

127. Assim sendo, não se revela razoável permitir que estados e municípios possam utilizar recursos federais do PDDE, Pnae e Pnate para pagamento de pessoal. Até porque, medida nesse sentido abriria margem para que tais entes reforçassem as investidas no plano político para transferir para União o cômputo das suas despesas de pessoal para o limite federal, à exemplo de diversas propostas legislativas que tramitam no Congresso Nacional para alterar os arts. 19 e 20 da LRF, o que tem sido motivo de preocupação para este Tribunal.

128. A crise fiscal por que passa o Estado do Rio de Janeiro é exemplo de como o descuido nos gastos de pessoal pode comprometer as finanças como um todo, sacrificando as políticas sociais, em especial programas essenciais de educação e saúde que, para serem eficazes, vão além das despesas de pessoal. É preciso, como dito, garantir merenda, transporte, medicamento, material cirúrgico para que as políticas de educação e saúde possam ser, de fato, implementadas.

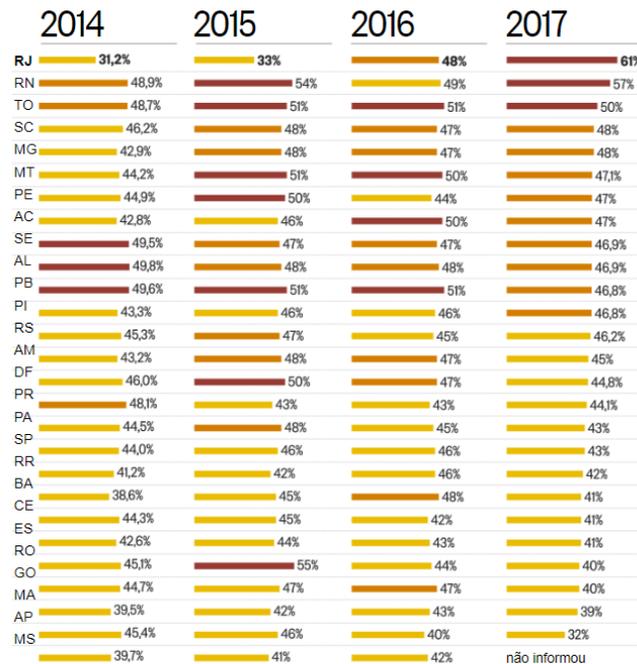
129. Esse desafio para honrar a folha de pagamento, porém, não se restringe ao Rio de Janeiro, sendo enfrentado por vários entes da Federação. A crise vivenciada pelo Estado do Rio Grande do Norte evidencia a gravidade do descontrole da política fiscal, que nos entes periféricos da Federação tem origem nas despesas com pessoal. A situação dramática ocupou o noticiário¹ no encerramento do exercício de 2017:

Fazenda veta liberação de socorro de R\$ 600 milhões ao Rio Grande do Norte

Em crise, governo potiguar vinha negociando com o Planalto uma transferência de recursos para conseguir pagar salários atrasados, mas parecer do Ministério Público diz que operação configuraria violação da Lei de Responsabilidade Fiscal (<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,fazenda-descarta-transferir-recursos-para-socorrer-rio-grande-do-norte,70002130769>)

130. Reportagem recente do Jornal O Globo também revela um quadro de desequilíbrio das finanças, demonstrando que em 2017 dezesseis estados descumpriram limite de pessoal (<https://oglobo.globo.com/brasil/lei-de-responsabilidade-completa-18-anos-com-maioria-dos-estados-em-alerta-fiscal-22280414>):

¹



Fonte: Tesouro Nacional

O GLOBO

131. Essa situação não será revertida com o afrouxamento da política fiscal. Pelo contrário, tal comportamento tende a piorar o quadro, criando situação de risco maior para a União. Nesse sentido, a proposta que visa estender a lógica do art. 22 da Lei Complementar 141/2012 aos principais repasses do FNDE, além de retirar da União a condição para conduzir, de fato, programas suplementares que, embora não constituam obrigação incondicional - e alguns sequer estejam inseridos no conceito de MDE -, são meritórios e importantes para o alcance de indicadores de ações próprias da política de educação, conduz os entes subnacionais para um quadro de crise fiscal.

132. Não se ignora a necessidade de racionalizar as prestações de contas apontada pela SecexEducação, sendo a utilização de meios tecnológicos um importante caminho a ser trilhado para o alcance dos objetivos almejados. Nesse sentido, merece reprodução, nas leis regulamentadoras da política de educação, a previsão do art. 13 da Lei Complementar 141/2012, o qual estabelece que os recursos da União previstos na referida norma:

serão transferidos aos demais entes da Federação e movimentados, até a sua destinação final, em contas específicas mantidas em **instituição financeira oficial federal**, observados os critérios e procedimentos definidos em ato próprio do Chefe do Poder Executivo da União (art. 13, § 2º)

133. E mais:

A movimentação dos recursos repassados aos Fundos de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve realizar-se, exclusivamente, mediante cheque nominativo, ordem bancária, transferência eletrônica disponível ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil, **em que fique identificada a sua destinação e, no caso de pagamento, o credor.** (art. 13, § 4º)

134. A manutenção dos recursos das transferências em instituições financeiras oficiais federais e a obrigatoriedade de identificação do credor final criam condições operacionais essenciais para os órgãos federais (de gestão e de controle) acompanharem, por meio ferramentas tecnológicas, a efetiva

aplicação dos recursos transferidos pela União, o que merece ser considerado pelo FNDE e outros órgãos e entidades responsáveis pela implementação de políticas públicas de forma descentralizada.

135. A análise do potencial promissor dessa previsão na Lei Complementar 141/2012 foi analisado nos Relatórios que fundamentam os Votos condutores do Acórdãos 1.376/2015 e 1.198/2015-TCU-Plenário, ambos da relatoria do Ministro Walton Alencar, merecendo consideração nos estudos de racionalização da prestação de contras das transferências federais de políticas públicas implementadas de forma pulverizada na Federação.

III.5. Distinção entre Instrumento e Natureza Jurídica das Transferências Intergovernamentais

136. Não são raras as vezes em que se verifica confusão conceitual entre os instrumentos jurídicos previstos no ordenamento jurídico para realizar transferências intergovernamentais e a classificação da transferência – obrigatória ou voluntária.

137. O Decreto 6.170/2007 é um exemplo clássico desse tipo de confusão. Ao invés de dispor sobre normas e procedimentos de celebração, acompanhamento e prestação de contas de transferências voluntárias, o regulamento restringiu a sua aplicação a um rol de transferências realizadas por alguns instrumentos de formalização (convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada) celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos. O resultado não poderia ser outro senão a indução de comportamento dos gestores e do próprio legislador, ampliando os casos de transferência fundo a fundo, depósito direto em conta corrente e outras formas congêneres não elencadas expressamente no Decreto.

138. É preciso deixar claro que o instrumento jurídico adotado para realizar a transferência federal não altera a sua natureza jurídica, tampouco a classificação das transferências intergovernamentais.

139. Consoante o disposto no art. 71, inciso VI da CRFB, compete ao TCU fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos transferidos pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Como se observa, o comando constitucional encerra a dicção com previsão de expressão genérica que abarca qualquer instrumento jurídico que venha ser adotado para operacionalizar a transferências intergovernamentais, não sendo este o núcleo para definição da sua natureza jurídica.

140. A Lei Complementar 141/2012 trata essa questão com bastante clareza:

Art. 18. Os recursos do Fundo Nacional de Saúde, destinados a despesas com as ações e serviços públicos de saúde, de custeio e capital, a serem executados pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios serão **transferidos diretamente aos respectivos fundos de saúde, de forma regular e automática, dispensada a celebração de convênio ou outros instrumentos jurídicos.**

Parágrafo único. Em situações específicas, os recursos federais poderão ser transferidos aos Fundos de Saúde por meio de **transferência voluntária** realizada entre a União e os demais entes da Federação, **adotados quaisquer dos meios formais previstos no inciso VI do art. 71 da Constituição Federal**, observadas as normas de financiamento. (grifamos)

141. O *caput* do art. 18 da Lei Complementar 141/2012 não deixa dúvida de que a forma de transferência fundo a fundo regular e automática, que decorre de dispositivo que cria para a União obrigação incondicional (art. 198, § 3º, inciso II), apenas dispensa a necessidade de utilizar instrumentos formais, à exemplo do termo do convênio ou outros instrumentos congêneres.

142. Impende observar que, no caso da saúde, não é o instrumento do repasse adotado (fundo a fundo) que estabelece obrigação incondicional para União, mas a própria CRFB, que obriga a União entregar parte dos recursos mínimos a serem aplicados e exige a definição de critérios de distribuição, por lei complementar, dos mínimos constitucionais da União e dos Estados.

143. Consentâneo com a Decisão 506/1997-TCU-Plenário, o parágrafo único do art. 18 da Lei Complementar 141/2012 põe fim a qualquer dúvida que pudesse restar sobre a matéria, ao dispor que a União poderá, em caráter excepcional, transferir voluntariamente recurso do mínimo constitucional aos fundos de saúde dos entes subnacionais mediante adoção de quaisquer dos instrumentos (ou meios formais) previstos no inciso VI do art. 71 da CRFB (inclusive a modalidade fundo a fundo), observadas as normas de financiamento.

144. Para escapar das restrições estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em especial o contingenciamento e as condicionantes constitucionais reproduzidas e outras definidas no art. 25 do mesmo Diploma, não são raros os casos de desvirtuamento ou até mesmo confusão conceitual entre modalidade de transferência e sua natureza jurídica. Também não são raras confusões entre despesa obrigatória e transferência obrigatória, que não são sinônimas.

145. Não é de hoje que órgãos e entidades do Poder Executivo tentam, a partir da deturpação de conceitos, utilizar o instrumento formal adotado para materializar as cooperações financeiras como pressuposto fático de definição da natureza jurídica da transferência federal.

146. Em geral, tais investidas têm o propósito de afastar a competência do TCU para fiscalizar a aplicação dos referidos recursos, à exemplo do Acórdão 5.367/2012-2ª Câmara, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, que determinou a realização, pela Semag, de análise dos impactos sobre as finanças públicas que poderiam advir do pedido do Ministério da Saúde em peça recursal.

147. Novamente, merece citação a Decisão 506/1997-TCU-Plenário, por meio da qual esta Corte de Contas firmou entendimento no sentido de que o instrumento adotado para proceder à efetivação do repasse federal não altera a natureza do recurso, tampouco a competência do Tribunal para fiscalizá-lo.

148. Esse entendimento é importante – e deve ser preservado –, uma vez que a competência dos órgãos federais e do TCU para fiscalizar a aplicação de recurso é fator determinante para definir as competências do Ministério Público Federal e da Justiça Federal para processar e julgar os desvios na aplicação dos recursos federais.

149. No caso de ASPS, a modalidade fundo a fundo, adotada para realizar os repasses no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) antes mesmo da promulgação da Emenda 29/2000, foi considerada no conceito de instrumento congênere, espécie genérica do gênero transferência intergovernamental contemplada pela abrangência do art. 71, inciso VI, da Carta Política.

150. Assim, resta claro que a competência do TCU e demais órgãos de controle para fiscalizar (controle interno, auditoria do SUS, Ministério Público e da Justiça Federal) não se altera pelo instrumento jurídico adotado para implementar operacionalmente a entrega dos recursos aos entes periféricos, tampouco pelo rótulo atribuído às transferências ou a forma de instituição do programa (que em geral decorre de lei), mas pela origem do recurso federal transferido à luz do pacto federativo fiscal.

151. É nesse contexto que a competência das instituições e o interesse da União devem ser analisados, **sendo irrelevante o instrumento jurídico adotado para materializar a transferência intergovernamental**, até porque o art. 71, inciso VI da CRFB exemplifica algumas espécies e encerra

com tipo genérico (instrumentos congêneres) para contemplar qualquer forma adotada pela Administração Pública.

III.6. Possíveis Impactos sobre as Finanças Públicas com Alteração de Jurisprudência do Tribunal sobre Natureza Jurídica das Transferências Intergovernamentais do FNDE

152. Esta análise dos possíveis impactos fiscais tem como objeto os seguintes itens da proposta de encaminhamento formulada na instrução de peça 47, nos seguintes termos do item 371 da referida instrução:

b) com fundamento no artigo 16, inciso V, do Regimento Interno do TCU, que este Tribunal de Contas da União **firme entendimento** de que as transferências dos programas Pnae, Pnate e PDDE Básico, regulamentados, respectivamente, pelas Leis 11.947/2009 e 10.880/2004, **são obrigatórias, legais e vinculadas**, cabendo ao Conselho Deliberativo do FNDE, pautado nas regras gerais estabelecidas pelas leis de criação, nos princípios da administração pública e com respeito à obrigatoriedade da prestação de contas, dispor sobre a metodologia de seleção e análise das prestações de contas, por amostragem, baseada em risco e em cruzamento de dados; (capítulo II, parágrafo 103)

...

k) dar ciência às Comissões de Educação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal de que na redação do projeto de lei que vir a regulamentar o Sistema Nacional de Educação, **à exemplo do que já consta do art. 22 da Lei Complementar 141/2012**, existe a necessidade de se definir com clareza a natureza jurídica e a classificação das transferências destinadas aos programas educacionais suplementares universais; (capítulo III, parágrafo 104) - grifamos

153. Sob uma perspectiva focada ao caso em questão, a proposta impõe uma reflexão sobre o arranjo jurídico-constitucional delineado para o financiamento da política de saúde, utilizada a título de espelho para fundamentar as propostas formuladas.

154. De saída, deve-se considerar que o arranjo jurídico-institucional da política de saúde decorre da concepção peculiar da seguridade social no plano constitucional, que tem como principal fonte de recursos as contribuições sociais. Esse é um aspecto fundamental de distinção, que está na origem do modelo delineado para política de saúde.

155. É o art. 198, § 1º, da CRFB que estabelece que o SUS será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes. E como se sabe, as contribuições sociais elencadas no dispositivo em tela são de competência exclusiva da União, todas vinculadas a ações de saúde, previdência social e assistência social.

156. Outro aspecto que deve ser considerado é o fato de que as ações e serviços públicos de saúde (ASPS), cuja legislação foi pinçada para ancorar a proposta de reforma da jurisprudência do TCU sobre educação, integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único organizado de acordo princípios e diretrizes constitucionais específicos, dentre os quais se destaca a descentralização, com direção única em cada esfera de governo (art. 198, caput inciso I da CRFB). Esse é o ponto central que confere ao SUS uma modelagem jurídico-constitucional singular dentre as políticas públicas, sendo perigosa a tentativa de reprodução de seu arranjo jurídico e modelagem operacional para a implementação de outras políticas públicas.

157. Nessa modelagem, a principal fonte de financiamento da saúde decorre do orçamento da seguridade da União, o que levou o constituinte a determinar, em 2000, a distribuição de parte desses recursos entre os entes da Federação.

158. Com esse propósito, a Emenda 29/2000 cria, sem dúvida alguma, inequívoca determinação constitucional regulamentada por lei complementar com vistas a fixar os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos entes periféricos, e dos estados destinados a seus respectivos municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais (art. 198, § 3º, inciso II, CRFB). Essa regulamentação se deu com a edição da Lei Complementar 141/2012, mais precisamente nas passagens dos arts. 17 a 20.

159. O aperfeiçoamento foi necessário porque, em razão da rede regionalizada e hierarquizada organizada em sistema único balizado pela descentralização com direção única em cada esfera de governo, até 2000 os repasses federais eram feitos de forma precária, reproduzindo pressupostos típicos de transferências voluntárias, consoante o disposto no art. 4º da Lei nº 8.142/1990.

160. Com o advento da Emenda Constitucional 19/1998, que inseriu nova vedação no art. 167, inciso X, e proibiu a utilização de transferências voluntárias para pagamento de pessoal, a sistemática de transferência demonstrou-se extremamente frágil sob a ótica jurídica para manter programas essenciais para o SUS, à exemplo dos Programas de Saúde da Família (PSF) e de Agentes Comunitários de Combate à Endemias, cujas despesas sempre foram essencialmente de manutenção de pessoal, as quais são pagas, em boa medida, com recursos federais, constituindo caso excepcional no modelo federativo.

161. Essa, aliás, foi a razão de se definir, no art. 22 da Lei Complementar 141/2012, que os recursos que integram o mínimo da União e dos estados aplicados em ASPS, repassados de forma regular e automática, constituem **transferências obrigatórias não alcançadas pela vedação** do art. 167, inciso X da CRFB e do art. 25 da LRF, ou seja, são transferências que podem ser destinadas, por estados e municípios, para **pagamento de pessoal de programas específicos**, nos seguintes termos:

Art. 22. É vedada a exigência de restrição à entrega dos recursos referidos no inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal na **modalidade regular e automática** prevista nesta Lei Complementar, os quais são considerados **transferência obrigatória destinada ao custeio de ações e serviços públicos de saúde no âmbito do SUS**, sobre a qual **não se aplicam as vedações do inciso X do art. 167 da Constituição Federal** e do art. 25 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000. (grifamos)

162. Oportuno esclarecer que o núcleo do art. 22 da Lei Complementar 141/2012 não é definir a natureza jurídica dos repasses fundo a fundo regulares e automáticos, uma vez que a obrigatoriedade desses repasses é extraída da própria Carta Política, que cria obrigação incondicional para a União, nos termos e critérios fixados por lei complementar, *in casu*, a Lei Complementar 141/2012. Pela carga mandatária da determinação constitucional, tais repasses, no montante dos valores definidos segundo critérios fixados pelo art. 17 do mesmo Diploma, são classificadas a título de despesas obrigatórias para fins do art. 9º, § 2º da LRF, que as ressalva do contingenciamento para o alcance do resultado fiscal.

163. O objetivo central do art. 22 da Lei Complementar 141/2012 é, sem sombra de dúvida, definir de forma inequívoca que a parcela das transferências intergovernamentais da saúde, realizada em função de obrigação incondicional imposta à União por força constitucional, não é alcançada pela vedação do inciso X do art. 167 da Lei Maior. Assim sendo, tais valores, no limite do que for obrigatoriamente pactuado pela União, podem ser utilizados para pagamento de pessoal contratado pelos entes subnacionais. Eis o que prescreve o comando constitucional mencionado:

Art. 167. São **vedados**:

...

X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, **para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista**, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (grifamos)

164. Essa lógica já tinha sido reproduzida no texto da LRF, em maio de 2000, que excetuou as transferências do SUS do conceito de transferência voluntária de forma a preservar os programas cuja principal despesa é de pessoal (PSF, PACS), até que sobreviesse a Emenda 29, o que só veio a ocorrer em setembro do mesmo ano.

165. Merece leitura a previsão da LRF que tem relação direta com o comando constitucional mencionado e com a Lei Complementar 141/2012:

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, **que não decorra** de determinação constitucional, legal **ou os destinados ao Sistema Único de Saúde**.

§ 1º São **exigências para a realização de transferência voluntária**, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

...

III - observância do disposto no **inciso X do art. 167 da Constituição**; (grifamos)

166. Esse conjunto de medidas estava incluído no Programa de Estabilidade Fiscal (PEF), que veio surgir conjuntamente com a Reforma Administrativa aprovada pela Emenda Constitucional 19/1998. O PEF contemplou medidas de curto prazo, para garantir os resultados anunciados no programa para o período de 1999 a 2001, além de medidas de natureza estrutural, para alcance permanente de resultados fiscais positivos para o País.

167. Dentre as medidas estruturantes, a Reforma Administrativa pretendeu inserir elemento de racionalidade ao controle de pessoal, impedindo que os referidos gastos possam alcançar patamares excessivos e comprometer as finanças públicas. Nesse sentido, é essencial que a União detenha instrumentos para controlar e evitar que os entes periféricos promovam a expansão da despesa com pessoal - mediante contratações desordenadas - contando com os repasses federais.

168. Questões instrumentais da atividade administrativa de monta entram nessa equação: os gastos com pessoal, inevitáveis e necessários, devem ser controlados de perto, pois são fluidos, suscetíveis a alterações que, muitas vezes, são ocasionadas por variáveis que não são objetivamente apuráveis.

169. O comprometimento com pessoal, por representar passivo de prestações sucessivas e continuadas, que se estendem além, inclusive, da fase produtiva dos servidores, alcançando-os na inatividade, é dado do regime financeiro público que demanda cuidado e atenção específicos, razão pela qual é um dos pressupostos da gestão fiscal responsável (art. 1º, § 1º, da LRF).

170. Considerando que os recursos são limitados, em razão dos limites constitucionais ao poder de tributar do Estado, o aumento de gastos com pessoal pelos estados, Distrito Federal e mais de 5,5 mil municípios - pagos com recursos da União - gera, no outro lado, redução de receita disponível para fazer frente a outras despesas igualmente necessárias para a prestação de ações e serviços públicos de saúde.

171. Frise-se que, segundo a instrução da Semag que embasou o Relatório (itens 163-165) que fundamenta o Acórdão 2.444/2016-TCU-Plenário (itens 163, da relatoria do Ministro Bruno Dantas,

do total de despesas realizadas diretamente pelo Ministério da Saúde em 2015, 55,31% referem-se a ‘Outras Despesas Correntes’ (R\$ 22,9 bilhões), assim distribuídos: material farmacológico (41%); programa de farmácia popular (11%); serviço médico-hospitalar odontológico e laboratoriais (5%), despesas que, somadas, representam 57% dos gastos executados no referido Grupo de Natureza de Despesa (GND 3).

172. Como se pode observar, a implementação da política de saúde não se efetiva apenas pelo gasto de pessoal, sendo essencial a disposição de mecanismos de controle que possam, de fato, evitar que a totalidade dos recursos federais seja absorvida por despesa com pessoal gerada à revelia e sem qualquer controle por parte da União.

173. Não por outra razão, se por um lado o art. 22 da Lei Complementar 141/2012 permite a aplicação dos recursos federais no pagamento de despesas com pessoal, por outro o art. 27 do mesmo normativo exige a pactuação, para que o ente transferidor (União, por exemplo) disponha de salvaguardas necessárias para assegurar a implementação das ações visando ao alcance dos objetivos da política nacional de saúde.

174. Sabe-se que a permissividade com a geração de despesas de pessoal pelos entes subnacionais - gastos que integram a classe de despesas obrigatórias de caráter continuado (art. 17 da LRF) - está na raiz da crise fiscal dos estados e municípios, constituindo um dos fatores críticos para o controle do endividamento público, tema que preocupa esta Corte de Contas e os órgãos da área econômica pelas razões apontadas no Acórdão 1.084/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz.

175. Ao ponto que se chega, impende fazer dois questionamentos:

i) é do interesse da União ou do TCU possibilitar ou fomentar que o Congresso Nacional altere a legislação vigente para permitir que recursos federais transferidos aos entes subnacionais na modalidade fundo a fundo a título do PDDE Básico (para despesas de custeio, manutenção e de pequenos investimentos, que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino), Pnae (para merenda escolar) e Pnate (para transporte escolar) também possam ser, de acordo com a conveniência e necessidade dos entes beneficiários (estados, Distrito Federal e municípios), destinados para pagamento de pessoal de servidores estaduais e municipais?

ii) é razoável os entes periféricos da Federação expandirem suas despesas com pessoal contando com os repasses federais previstos com as finalidades mencionadas, em prejuízo dos fins a que os programas efetivamente se destinam?

176. Por certo, a resposta para essas duas indagações é não. Na alínea ‘k’ do item 371 da instrução de peça 47, propõe-se à relatora que seja dada ciência à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal de que, na redação do projeto de lei que vier a “regulamentar o Sistema Nacional de Educação, à exemplo do que já consta do art. 22 da Lei Complementar 141/2012, existe a necessidade de se definir com clareza a natureza jurídica e a classificação das transferências destinadas aos programas educacionais suplementares universais”.

177. Assim sendo, a decisão jurisprudencial ou legislativa que trilhar esse caminho poderá ser utilizada em momento de crise para justificar a destinação de recursos federais para pagamento de pessoal, criando ambiente fértil para pressões políticas com vistas a transferir para a União o ônus do desajuste fiscal de estados e municípios, à exemplo do que se fez por meio das Leis Complementares 148/2014 e 159/2016, cujos riscos foram apontados por esta Corte de Contas em audiência públicas

no Congresso Nacional e no Acórdão 2.186/2013-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Valmir Campelo.

178. Entende-se que, sem uma contextualização adequada, em que sejam esclarecidos os reais propósitos do art. 22 da Lei Complementar 141/2012, revela-se extremamente temerário qualquer tipo de recomendação ou sinalização de qualquer outra natureza que possa parecer uma defesa de extensão dos mesmos conceitos do comando em questão para transferências da educação que têm propósitos completamente distintos aos programas de saúde.

179. A medida proposta na alínea ‘b’ do item 371 da peça 47 também afeta o principal instrumento de correção de rumo da política fiscal, que é o contingenciamento. Rotular despesas que não decorrem de obrigação incondicional da União como despesas obrigatórias - apenas para racionalizar o processo de prestação de contas - pavimenta um caminho perigoso que pode, facilmente, tornar todo orçamento impermeável aos instrumentos previstos na LRF para assegurar o equilíbrio das contas públicas e, no caso de descontrole como o que se verifica a partir de 2014, promoção do ajuste fiscal.

180. Ao longo das duas últimas décadas, também não foram poucas as demandas enfrentadas por este Tribunal para conferir a determinadas despesas de órgãos ou entidades o conceito de transferência ou despesa obrigatória, de forma a afastar a incidência e o alcance do instituto do contingenciamento ou das exigências (condicionantes) do art. 25 da LRF para realização de transferências voluntárias. Cite-se, a título de exemplo, o Acórdão 2.271/2006-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Valmir Campelo.

181. A constatação de uma margem restrita da base contingenciável dos orçamentos fiscal e da seguridade social da União já se revela um dos maiores desafios para cumprimento das regras do ‘Novo Regime Fiscal’, o que torna a inda mais preocupante a proposta de revisão da jurisprudência consolidada por esta Corte de Contas quanto à natureza jurídica das transferências intergovernamentais realizadas pelo FNDE objeto da presente Representação.

182. Outra preocupação é que a tese concebida para racionalizar as prestações de contas das transferências realizadas pelo FNDE apresenta potencial elevado de ser utilizada por outros órgãos e entidades não apenas para racionalizar prestações de contas, mas para driblar o contingenciamento e as condicionantes constitucionais e fixadas pelo art. 25 da LRF.

183. É importante ressaltar que o trabalho realizado pelo GT não aponta o contingenciamento ou as condicionantes para realização de transferências voluntárias como fatores críticos para a implementação do PDDE, Pnae e Pnate. Isso porque tais programas figuram na LDO em demonstrativo que descreve não apenas as despesas que decorrem de obrigação incondicional para a União (à exemplo da despesa de pessoal, transferências de FPE, FPM, IPI-Exportação, CIDE, *Royalties* e os repasses do mínimo de saúde, complementação do Fundeb e cota do salário educação), como também despesas que, pela conveniência e discricionariedade do Poder Executivo e/ou do Congresso Nacional, são contempladas pela ressalva prevista no § 2º do art. 9º da LRF, que assim dispõe:

Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, **limitação de empenho** e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

...

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam **obrigações constitucionais e legais do ente**, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, **e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias**. (grifamos)

184. Também convém anotar que, o fato de a despesa figurar no Anexo da LDO referente a despesas não contingenciáveis em determinado exercício, não significa que tais despesas constituam obrigação incondicional da União ou que não possam ser alcançadas pela base contingenciável em outro exercício.

185. Aliás, o sentido jurídico da ressalva é, exatamente, estender - segundo a circunstância fiscal de cada exercício financeiro - a prerrogativa do não contingenciamento para despesas que, embora relevantes, não sejam revestidas dos pressupostos jurídicos que caracterizam obrigações incondicionais para o ente da Federação.

186. As despesas com ações e serviços públicos de saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino podem ser contingenciadas em valores que excederem os respectivos mínimos constitucionais. Não se pode extrair do art. 9º da LRF vedação absoluta para contingenciar qualquer parcela de despesas de educação e saúde previstas no orçamento da União.

187. Deve-se anotar que a leitura correta do art. 28 da Lei Complementar 141/2012 é no sentido de proibição para o contingenciamento da parcela que constitui o mínimo constitucional do exercício. Em 2017, por exemplo, o valor mínimo a ser aplicado pela União correspondeu a R\$ 109,1 bilhões, tendo sido executado efetivamente em ASPS o montante de R\$ 114,7 bilhões. Pelo comando em referência, poderia a União ter contingenciado ASPS no valor de até R\$ 5,6 bilhões.

188. Outro aspecto que merece observação para subsidiar a discussão diz respeito às condicionantes e às exigências para realização de transferências voluntárias, cuja realidade não sinaliza qualquer óbice para a implementação dos programas aludidos nos presentes autos.

189. Tal assertiva se funda no art. 25, § 3º da LRF, uma vez que, mesmo que o ente da Federação não cumpra as condicionantes previstas no § 1º do mesmo artigo, ainda assim poderá receber transferências voluntárias para educação, saúde e assistência social, com exceção da vedação constitucional de pagar pessoal com recursos de tais transferências, elencada no rol de exigências constitucionais que precisam ser observadas mesmo pelas áreas de educação e saúde (art. 167, inciso X).

190. Isso demonstra que os programas implementados pelo FNDE não sofrem com solução de continuidade como ocorre com diversas outras políticas públicas essenciais em função de medidas restritivas e corretivas que precisam adotadas para assegurar o equilíbrio fiscal.

191. As propostas transcritas nas alíneas 'b' e 'k' do item 371 da peça 47 apresentam, neste particular, elevado risco moral para a política fiscal, na medida em que pavimentam atalhos para formulação de pleitos semelhantes por órgãos e entidades responsáveis pela implementação de outras políticas públicas consideradas meritórias e importantes para a promoção da cidadania.

192. A proposta para que o Congresso Nacional legisle de forma a reproduzir a regra do art. 22 da Lei Complementar 141/2012, por ocasião da regulamentação dos programas de educação sob análise (Pnae, Pnate e PDDE Básico), amplia o **risco moral no plano legislativo**, uma vez que a ideia pode, além de desvirtuar os objetivos dos programas mencionados, passar a incorporar outros projetos de lei instituidores de programas federais, disseminando a via de escapismo para diversas outras políticas públicas instituídas por leis ordinárias que não criam, na essência, hipótese de obrigação incondicional para a União.

193. Em razão desses desdobramentos previsíveis e preocupantes sob a ótica fiscal, não se pode desconsiderar que a União entra no quinto ano de deterioração do seu quadro fiscal, realidade que produz reflexo nos entes subnacionais. Não há condições fiscais mínimas para a União assumir ou fomentar a expansão de despesas de pessoal pelos entes subnacionais, quando o *deficit* primário no exercício de 2017 fechou em R\$ 118 bilhões, com uma dívida pública que supera 80% do PIB.

194. Nesse sentido, entende-se que o Tribunal deve manter a jurisprudência histórica sobre a classificação das transferências referentes aos programas educacionais tratados nestes autos, não acolhendo as propostas formuladas nas alíneas ‘b’ e ‘k’ do item 371 relativo à proposta de encaminhamento da peça 47.

III.7. Objetivo do TC 041.865/2012-0 (Lei Complementar nº 141/2012)

195. Não obstante a Semag não ter participado da discussão no âmbito do GT instituído pela Segecex, nota-se que parte substancial dos conceitos desenvolvidos na instrução acostada no TC 041.865/2012-0 (peça 60) - incorporada aos presentes autos (peça 56) - foi utilizada para fundamentar algumas teses que merecem reflexão mais alargada, de forma a contemplar os possíveis impactos, em especial sobre a condução da política fiscal.

196. Trata-se de auditoria realizada pela Semag com a coparticipação da SecexSaúde em atendimento ao item 9.5 do Acórdão 5.367/2012-2ª Câmara, que apreciou o pedido de reexame interposto pelo Ministério da Saúde em face do Acórdão 4.926/2008-2ª Câmara.

197. No referido processo, o Ministério da Saúde defendeu que os recursos repassados aos entes subnacionais que não se referem a transferências voluntárias não estão sujeitos à fiscalização do TCU. Defendeu, ainda, que as unidades federadas só podem sofrer limitações em suas autonomias em casos estritamente previstos na Constituição, o que não incluiria a atuação das auditorias federais sobre as contas de estados e municípios.

198. Nessa esteira, o Ministério lançou a tese heterodoxa de que os recursos da União, quando são repassados aos entes subnacionais na forma de rateio, conforme previsto no art. 198, § 3º, II c/c o art. 36, § 1º, da Lei 8.080/1990, passariam a integrar os orçamentos desses entes da Federação e que, com base no art. 11, §§ 1º e 2º, da Lei 4.320/1964, os recursos do SUS repassados por essa sistemática comporiam as receitas próprias desses entes. Alegou, ainda, que as contas dos convênios (transferências voluntárias), embora sejam fiscalizadas pelo TCU, devem ser julgadas pelos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, o que eliminaria um possível conflito de competência entre as Cortes de Contas.

199. A Serur, ao analisar o referido recurso, rebateu adequadamente os argumentos apresentados pelo Ministério da Saúde com fundamento na jurisprudência consolidada por este Tribunal a respeito da matéria, bem como na interpretação sistemática da Lei Fundamental e de suas normas infraconstitucionais.

200. Ao final, o Plenário do Tribunal concluiu por encaminhar o processo à Semag para avaliar a necessidade de adotar providências em relação à questão, uma vez que estava em curso nesta Unidade Técnica a execução do Levantamento de Auditoria (TC 012.762/2012-1; Acórdão 1.376/2015-TCU-Plenário), por meio do qual foi realizado acompanhamento da operacionalização da Lei Complementar 141/2012.

201. Em função das previsíveis repercussões da tese ventilada pelo Ministério da Saúde, a Semag empreendeu um exame amplo da questão sob o enfoque legal e econômico-fiscal. A análise teve como objetivo de demonstrar a competência deste Tribunal e demais órgãos de controle federais

em fiscalizar os recursos do SUS transferidos com base no art. 198, § 3º, da CRFB e regulamentado pela Lei Complementar 141/2012, o que passa pela natureza jurídica dos repasses.

202. Diante da complexidade da matéria e dos reflexos que a interpretação dada pelo Ministério da Saúde poderia afetar as competências do TCU e demais órgãos de controle federais, além dos impactos sobre as normas gerais que regem as finanças públicas, a questão foi amplamente debatida com diferentes instituições e órgãos de controle, mediante realização de reuniões técnicas e encaminhamento da instrução preliminar à secretária-executiva do Ministério da Saúde, ao secretário do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda, à secretária de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, ao secretário Federal de Controle Interno da Controladoria-Geral da União, à procuradora-geral da Fazenda Nacional e ao consultor-geral da União da Advocacia-Geral da União.

203. Na oportunidade, foi solicitado que esses órgãos se manifestassem sobre a análise empreendida, em especial em relação aos possíveis desdobramentos de ordem fiscal, caso as transferências federais indicadas na Lei Complementar 141/2012 passassem, em tese, a ser consideradas receitas próprias dos entes subnacionais, à semelhança das transferências que alicerçam o pacto federativo fiscal. A questão também foi submetida aos Subprocuradores-Gerais da República titulares da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República.

204. Com exceção do Ministério da Saúde, que não se manifestou nos autos, os demais representantes concordaram com a análise de mérito feita pela Semag, que propôs ao Tribunal firmar entendimento no sentido de que são de natureza federal as transferências da União realizadas com base nos arts. 17 e 22 da Lei Complementar 141/2012, bem como com a competência dos órgãos federais para fiscalizar, processar e julgar as causas que envolvam tais recursos, conforme definido no art. 27 do mesmo Diploma.

205. Com base nessas manifestações, a Semag reforçou o entendimento de que são de natureza federal os recursos transferidos pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios com fundamento nos arts. 17, 18 e 22 da Lei Complementar 141/2012 e, portanto, são competentes as instituições e órgãos federais de controle para fiscalizar a aplicação desses recursos, e a Justiça Federal a competente para processar e julgar as causas envolvendo tais recursos, de forma consentânea com a jurisprudência vigente.

206. O Subprocurador-Geral de Contas, Paulo Soares Bugarin, se manifestou de acordo com a Semag. O mérito das questões tratadas na auditoria, entretanto, não foi apreciado pelo Plenário por decisão do relator, que determinou o arquivamento do processo mediante Despacho.

207. A matéria também foi amplamente discutida por um Grupo de Procuradores da República, que se manifestou pela natureza jurídica federal das transferências da União com base na obrigação criada pelo art. 198, § 3º, inciso II, da CRFB, regulamentado pela Lei Complementar 141/2012 (peça 57).

208. Como se vê, o histórico não aponta para possibilidade de adotar o arranjo jurídico-constitucional dos repasses realizados em ASPs para as transferências intergovernamentais realizadas no âmbito do FNDE, uma vez que os arranjos jurídico-constitucionais da implementação das políticas de educação e saúde, embora semelhantes, não guardam identidade plena.

209. Diferentemente de não contribuir para o objetivo almejado, as propostas contidas nas alíneas 'b' e 'k' do item 371 da proposta de encaminhamento formulada pela SecexEducação podem gerar impacto econômico-fiscais de elevada relevância constitucional e legal que não foram considerados pelo GT instituído pela Segecex e pela instrução de mérito realizada pela referida

Unidade Técnica.

IV. CONCLUSÃO

210. Os presentes autos têm por objetivo avaliar a gestão da prestação de contas de recursos transferidos pelo FNDE (PDDE Básico, Pnae e Pnate) aos entes periféricos da Federação com vistas ao alcance de maior racionalidade no processo de prestação de contas.

211. A análise empreendida pela SecexEducação propõe a reforma da jurisprudência consolidada por esta Corte de Contas no sentido de que a entrega dos recursos para os programas mencionados deve ser classificada a título de transferência voluntária.

212. Para tanto, traça-se um paralelo entre as transferências do PDDE Básico, Pnae e Pnate com as transferências e repasses decorrentes de determinações constitucionais explícitas que geram para União **obrigação incondicional inequívoca**, à exemplo da complementação federal ao Fundeb, das cotas do salário educação e dos repasses federais decorrentes da distribuição de parte do mínimo constitucional que a União deve aplicar em saúde, segundo critérios exigidos pela própria CRFB e regulamentados pela Lei Complementar 141/2012.

213. A Semag, porém, diverge dos argumentos apresentados nos itens 14; 30; 39-104; 114; 302; 311; 359-361; e 367 da instrução da SecexEducação (peça 47).

214. A uma, porque obrigações incondicionais sobre matéria inserida na competência material comum dos entes da Federação autônomos é matéria que exige uma análise sistemática da Carta Política, sob pena de tornar o orçamento federal mais rígido do que se apresenta na atualidade, inviabilizando o cumprimento das metas fiscais (itens 73-135).

215. A duas, os arranjos previstos nas leis instituidoras do PDDE Básico, Pnae e Pnate refletem características próprias de transferências voluntárias consoante o disposto no art. 25 da LRF, com previsão de exigências - comuns em termos e convênios e instrumentos congêneres - que são inconcebíveis de serem aplicadas às transferências que decorrem de obrigação incondicional imposta à União (itens 34-68).

216. A três, eventual proposta de reformulação jurisprudencial com o escopo proposto, que tem elevado potencial de reduzir a força normativa de dispositivos cruciais da LRF, deve ser precedida de amplo debate no plano interno e com os órgãos e entidades da União direta e indiretamente afetados, em especial os órgãos responsáveis pela condução da política econômica (itens 152-194).

217. Em tais discussões devem ser consideradas possíveis repercussões orçamentárias e fiscais, assim como seus reflexos sobre a força normativa da Lei Complementar 101/2000, em razão dos riscos que podem advir de mudanças de entendimento dessa natureza. Cite-se, a título de exemplo preocupante no plano fiscal, o impacto sobre o resultado fiscal da União decorrente de decisões judiciais referentes à complementação federal ao Fundef que, segundo vem sendo divulgado pela imprensa nacional, pode superar a casa dos **R\$ 132 bilhões** (item 70).

218. Registre-se, por fim, que os riscos legislativo e judicial de pontos relevantes da política fiscal foram apontados no rol de “fatores críticos que impactam, ainda que de forma reflexa, a dívida pública federal e, por isso, precisam ser mensurados sob a ótica orçamentária, financeira e fiscal, cotejando seus reflexos sobre a trajetória da respectiva dívida no médio e longo prazo” (item 173 e seguintes do Relatório que fundamenta o Voto condutor do Acórdão 1.084/2018-TCU-Plenário, rel.

Ministro Aroldo Cedraz).

V. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

219. Em face do exame empreendido nestes autos, propõe-se a adoção das seguintes medidas por parte da relatora, Ministra Ana Arraes:

a) admitir nos presentes autos o Conselho Nacional de Secretários de Educação (Consed), na condição de *amicus curiae*, tendo em vista que o tema de fundo trata de questão relativa às prestações de contas a serem realizadas pelos gestores dos sistemas de ensino, alcançando, de forma direta, os representados pela entidade, e consoante o Enunciado assentado no Acórdão 1.659/2016-TCU-Plenário (relatora Ministra Ana Arraes);

b) preliminarmente, encaminhar os autos ao Ministério Público junto ao TCU para manifestação, com base nos incisos I e II do art. 81 da Lei 8.443/1992, c/c os incisos I e III do art. 62 do Regimento Interno do TCU, tendo em vista os conflitos de densa relevância constitucional e legal entre os posicionamentos de duas Unidades Técnicas da Secretaria-Geral de Controle Externo;

c) no mérito, manter o entendimento de que as transferências federais decorrentes dos programas Pnae, Pnate e PDDE Básico, regulamentados, respectivamente, pelas Leis 11.947/2009 e 10.880/2004, devem ser classificadas a título de **transferência voluntária**, em razão do caráter discricionário que permeia a despesa e dos fundamentos que embasam a divergência consignada nesta instrução em relação à abordagem tratada nos itens 14; 30; 39-104; 114; 302; 311; 359-361 e 367 da instrução prévia (peça 47) e, ainda, da necessidade de avaliação mais aprofundada no plano interno e junto aos órgãos e entidades da União direta e indiretamente afetados, notadamente os órgãos responsáveis pela condução da política econômica, com destaque para os aspectos orçamentários e fiscais e seus reflexos sobre a força normativa da Lei Complementar 101/2000;

d) em decorrência do entendimento enunciado no item anterior, **divergir** da proposta de encaminhamento formulada nos termos da alínea 'k' da instrução prévia (item 371, peça 47), sobre a necessidade de se revisitar, no plano legislativo, a natureza jurídica e a classificação das transferências destinadas aos programas educacionais suplementares em moldes análogos ao que dispõe o **art. 22 da Lei Complementar 141/2012**, cuja finalidade primordial do referido normativo é explicitar a possibilidade de aplicação em **despesa de pessoal** de recursos repassados pela União por força e de acordo com os critérios exigidos pelo art. 198, § 3º, inciso II da CRFB, cujas premissas não se compatibilizam com os objetivos dos programas educacionais tratados nestes autos, tornando-se, por conseguinte, desnecessário dar ciência às comissões do Congresso Nacional acerca deste ponto específico.

À consideração superior.

Brasília, em 22 de agosto de 2018.

Assinado Eletronicamente

LUCIENI PEREIRA

Auditora Federal de Controle Externo-Área de Controle Externo - Mat. 5.712-6

Diretoria de Fiscalização da Dívida Pública, da Política Econômica e da Contabilidade Federal - Dipec
Secretaria de Macroavaliação Governamental - Semag