

Processo TC 027.076/2016-4
Representação

Parecer

Trata-se de representação instaurada em função de determinação do Plenário deste Tribunal com o objetivo de *“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”* (item 11 da instrução à peça 47).

2. A motivação do trabalho realizado pela unidade técnica se deu pelo fato de o FNDE estar enfrentando, nesses últimos anos, 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.

3. A Controladoria Geral da União, em recentes auditorias de gestão realizadas no FNDE, a exemplo do Relatório 201407023, apontou que o aumento do passivo de prestações de contas sem análise tem sido o principal problema de gestão enfrentado pela entidade nos últimos anos.

4. Considerando que foram priorizadas as transferências com maior potencial de impacto na otimização e racionalização da instrução e análise das contas prestadas anualmente ao FNDE, o escopo deste trabalho restringiu-se às transferências relativas aos seguintes programas de educação suplementar: Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae), Programa Nacional de Transporte Escolar (Pnate), e Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE Básico), os quais, se excluídas as transferências constitucionais do salário educação e a complementação do Fundeb, responderam, no exercício de 2016, por 72% dos créditos liquidados pela Unidade Gestora FNDE 153173 nas modalidades de aplicação 30, 32, 40, 42 e 50 (R\$ 5,30 bilhões).

5. Inicialmente, antes de adentrar no objetivo maior do presente processo, a SecexEducação discutiu sobre a natureza jurídica e a classificação das transferências federais realizadas pelo FNDE no âmbito dos programas Pnae, Pnate e PDDE Básico, sugerindo, ao final, que o TCU firmasse entendimento de que tais transferências sejam classificadas como legais, **obrigatórias** e vinculadas (do tipo “automáticas” – cf. peça 47, p. 9/10), com vistas a racionalizar as prestações de contas. Tal entendimento está fundamentado na analogia feita pela unidade técnica entre essas transferências com os repasses realizados no âmbito da saúde por previsão expressa na Constituição Federal (artigo 193, § 3º, inciso II).

6. Para a unidade instrutiva, o atual entendimento deste Tribunal de que os repasses de recursos do Pnae, Pnate e PDDE Básico são feitos via “transferências voluntárias” tem impactos estruturantes na busca pela racionalização do processo de prestação e análise de contas desses programas. Segundo a SecexEducação:

não as entender como “transferências legais” e, portanto, não as excetuar dos regramentos estanques e condicionantes do Decreto 6.170/2007, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Portaria Interministerial 424/2016, naquilo que rege as “transferências voluntárias”, cria embaraços que comprometem a eficiência e agilidade que deve pautar o repasse, a execução, a prestação e a análise das contas desses programas. (item 44 da instrução à peça 47)

7. Quanto à avaliação do modelo atualmente utilizado pelo FNDE no processo de tratamento e de análise das prestações de contas dos Pnae, Pnate e PDDE Básico, a unidade técnica identificou basicamente as seguintes oportunidades de melhoria, que foram objeto das várias recomendações propostas no item 371 da instrução à peça 47:

a) utilização de metodologia de tratamento de contas de forma seletiva e com base em matriz de risco. Sobre essa questão, a SecexEducação defende basicamente que:

(...) o FNDE precisa recorrer a uma metodologia de classificação de risco das prestações de contas recebidas, com base em tipologias predefinidas e que venham a compor uma matriz de risco. Do contrário, sem essa priorização, perpetuar-se-á a situação atual do elevado e crescente passivo, em que se cobra do FNDE que todas as contas tenham que ser analisadas, independente de um conhecimento prévio quanto ao seu nível de criticidade/risco. (item 121 da instrução à peça 47).

b) utilização da tecnologia da informação (TI) para dar celeridade e eficiência ao processo, tanto no que diz respeito à adoção de medidas para a solução do passivo de contas sem análise conclusiva quanto ao exame e tratamento inicial das futuras contas que vierem a dar entrada no FNDE; e

c) desenvolvimento de ações continuadas destinadas a criar capacidades e qualificar as condições de atuação das instâncias de controle local, o que, por consequência tenderia a contribuir para a maior confiabilidade das informações prestadas pelos conselheiros no Sigecon (Sistema de Gestão de Conselhos) e a sua apropriação como fonte válida de formação de juízo no preenchimento da matriz de risco.

8. Em despacho à peça 54, diante das possíveis repercussões da proposta de encaminhamento mencionada no parágrafo 5º deste parecer sobre o exame das Contas de Governo e sobre outros trabalhos de avaliação global da atuação do Governo Federal, a relatora encaminhou os autos à Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag) para pronunciamento acerca dessa questão.

9. A Semag, por sua vez, divergiu do entendimento da SecexEducação no que tange à natureza jurídica e à classificação das transferências federais realizadas pelo FNDE no âmbito dos programas Pnae, Pnate e PDDE Básico. Para a Semag, o TCU deve manter o entendimento de que as transferências federais decorrentes dos aludidos programas devem ser classificadas a título de transferência voluntária, em razão do caráter discricionário que permeia a despesa e dos seguintes fundamentos sustentados na instrução à peça 58:

214. (...) 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 a 135).

215. (...) 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. (...) 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).

10. A Semag ressaltou que o entendimento da SecexEducação em questão, diante do elevado risco de efeito multiplicador para outras políticas públicas relacionadas à promoção de outros direitos sociais, produz, de forma reflexa, o esvaziamento do conteúdo normativo dos artigos 9º, que estabelece mecanismos de correção da execução orçamentária para garantir o cumprimento das metas fiscais (contingenciamento), e 25, que prevê exigências indutoras da gestão fiscal responsável (condicionantes para recebimento das transferências voluntárias) da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), os quais são considerados eixos para o equilíbrio das finanças públicas. Destacou, ainda, que a alteração de entendimento proposta pode trazer impactos fiscais que não teriam sido devidamente mensurados e mitigados pela SecexEducação, além de consequências negativas para o exercício das competências dos órgãos e instituições federais para fiscalizar, processar e julgar as causas envolvendo tais recursos, tendo em vista 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.

11. Em face da divergência de entendimentos acerca da matéria sob análise entre as duas unidades instrutivas, a Semag propôs, preliminarmente, que os autos fossem encaminhados ao Ministério Público de Contas da União para manifestação, que foi acolhida pela relatora em despacho de peça 61.

12. Este representante do Ministério Público de Contas da União manifesta-se de acordo com o entendimento da Semag no sentido de que a jurisprudência do TCU deve permanecer no sentido de que as transferências realizadas por meio do Pnae, Pnate e PDDE Básico sejam classificadas como voluntárias, sem prejuízo de tecer as considerações a seguir.

13. Verifica-se que a proposta da SecexEducação de alteração da jurisprudência do TCU com vistas a modificar a natureza jurídica e a classificação das transferências dos programas Pnae, Pnate e PDDE Básico – de voluntária para obrigatória – fundamenta-se na analogia entre tais transferências com os repasses realizados no âmbito da saúde por previsão expressa no artigo 198, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

14. A Semag, ao longo de sua instrução à peça 58, demonstrou as implicações dessa proposta e os riscos de natureza fiscal associados, concluindo que:

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. (item 39 da instrução)

15. Ainda segundo a Semag, conforme afirmado no item 41 da instrução à peça 58:

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.

16. Conforme bem demonstrou a Semag e consoante a análise exposta nos parágrafos seguintes deste parecer, 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 Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de parcela do mínimo de saúde a que a União está

obrigada a aplicar anualmente.

17. De acordo com o previsto no artigo 23, inciso V, da Constituição Federal (CF), a promoção dos meios de acesso à educação é uma das competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O parágrafo único do referido artigo prescreve que caberá à lei complementar fixar normas de **cooperação** entre os entes federados para o exercício das competências comuns ali citadas.

18. Ressalta-se que esta Corte de Contas já se manifestou, a exemplo dos Acórdãos 1.631/2006 e 2.368/2013, ambos do Plenário, no sentido de que a expressa menção ao termo “cooperação” no parágrafo único do artigo 23 da CF impede que se atribua às “competências comuns” o sentido de obrigação incondicional. Além disso, o artigo 30, inciso VI, da CF estabelece, entre as competências dos Municípios, a de manter, com a **cooperação** técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental.

19. Por oportuno, transcreve-se a seguir trecho do voto condutor do Acórdão 1.631/2006-Plenário no sentido de que a “competência comum” de que trata o **caput** do artigo 23 da CF não deve ser interpretada como “obrigação incondicional” da União:

O fato de a União ser corresponsável não lhe cria a obrigação de empreender ações em conjunto com 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. (destaques acrescidos)

20. A definição de transferência voluntária está estabelecida no **caput** do artigo 25 da Lei Complementar 101/2000 da seguinte forma:

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 outros destinados ao Sistema Único de Saúde”.

21. A partir do supramencionado dispositivo, a transferência obrigatória pode ser definida, por exclusão, como sendo a entrega de recursos correntes ou de capital que decorra de determinação ou imposição constitucional ou legal.

22. No entanto, conforme este Tribunal de Contas já se pronunciou no âmbito do Acórdão 2.368/2013-Plenário, o fato de a transferência obrigatória ser caracterizada pela existência de “determinação constitucional ou legal” *“não significa dizer que toda e qualquer transferência prevista em lei deve ser tida como obrigatória ou incondicional. Mesmo porque, se assim o fosse, inexistiriam transferências voluntárias, dado que a realização de qualquer despesa pública depende de previsão em lei”* (parágrafo 23 do referido acórdão).

23. Assim, nem toda transferência prevista em lei é obrigatória, havendo que se perquirir quanto à efetiva obrigatoriedade da transferência de recursos para o atendimento da finalidade indicada, exercício que deve ser norteados pela distribuição de competências materiais que alicerçam o pacto federativo no plano constitucional e outras previsões que gerem **obrigação incondicional**

para a União, a exemplo das transferências intergovernamentais a título de cooperação financeira realizadas com amparo nos artigos 198, § 3º, inciso II, 211, § 1º, e 212, §§ 5º e 6º, da Constituição Federal. Compartilha-se do entendimento desta Corte de Contas esposado nos Acórdãos 1.631/2006 e 2.638/2013, ambos do Plenário, de que o texto constitucional, quando pretendeu referir-se às transferências obrigatórias, o fez de forma expressa, a exemplo dos mencionados artigos e ao tratar, em seu artigo 159, das receitas tributárias entregues pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios. No âmbito das mencionadas deliberações, o TCU concluiu que o fator determinante para que se possa diferenciar a transferência obrigatória da transferência voluntária é a imposição de exigência por parte do ente concedente – no caso, a União – para a realização do repasse dos recursos.

24. Os programas sob exame (Pnae, Pnate e PDDE Básico) são exemplos de transferências previstas em lei que não possuem natureza obrigatória, visto que as leis 11.947/2009, que dispõe sobre o Pnae e o PDDE Básico, e a 10.880/2004, que institui o Pnate, fixam exigências mínimas típicas da essência de uma transferência voluntária, além de autorizarem a suspensão dos repasses pelo FNDE, na hipótese de Estados, Distrito Federal e Municípios não as cumprirem, conforme dispositivos transcritos a seguir:

Lei 11.947/2009

Art. 20. Fica o FNDE autorizado a suspender os repasses dos recursos do PNAE quando os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios:

I – não constituírem o respectivo CAE ou deixarem de efetuar os ajustes necessários, visando ao seu pleno funcionamento;

II – não apresentarem a prestação de contas dos recursos anteriormente recebidos para execução do PNAE, na forma e nos prazos estabelecidos pelo Conselho Deliberativo do FNDE;

III – cometerem irregularidades na execução do PNAE, na forma estabelecida pelo Conselho Deliberativo do FNDE.

§ 1º Sem prejuízo do previsto no caput, fica o FNDE autorizado a comunicar eventuais irregularidades na execução do PNAE ao Ministério Público e demais órgãos ou autoridades ligadas ao tema de que trata o Programa.

§ 2º O restabelecimento do repasse dos recursos financeiros à conta do PNAE ocorrerá na forma definida pelo Conselho Deliberativo do FNDE.

(...)

Art. 26. As prestações de contas dos recursos recebidos à conta do PDDE, a serem apresentadas nos prazos e constituídas dos documentos estabelecidos pelo Conselho Deliberativo do FNDE serão feitas:

(...)

§ 2º Fica o FNDE autorizado a suspender o repasse dos recursos do PDDE nas seguintes hipóteses:

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.

Lei 10.880/2004

Art. 5º (...)

§ 1º Fica o FNDE autorizado a suspender o repasse dos recursos do PNATE nas seguintes

hipóteses:

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 Programa, conforme constatado por análise documental ou de auditoria.

(...)

25. Assim, os aportes federais de recursos para educação, por meio do Pnae, Pnate e PDDE Básico, consistem em transferências voluntárias, visto que são recursos transferidos a título de cooperação e mediante o atendimento de diversos requisitos impostos pelo ente concedente.

26. Como visto nos dispositivos supratranscritos e nos artigos 8º da Lei 11.947/2009 e 6º da Lei 10.880/2004, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão obrigados, nos programas sob exame, a prestar contas ao FNDE do total dos recursos recebidos. No âmbito dos três programas, os repasses são limitados ao montante de recursos disponíveis na Lei Orçamentária Anual (LOA) da União, conforme previsto nos artigos 5º da Lei 11.947/2009 e 2º, § 2º, da Lei 10.880/2004.

27. Segundo o disposto nos artigos 5º, § 4º, e 24 da Lei 11.947/2009 e 2º, § 2º, da Lei 10.880/2004, os critérios de alocação da dotação orçamentária federal são definidos da seguinte forma: a) no caso do Pnae, de acordo com o número de alunos matriculados na educação básica pública de cada ente da federação, tendo como referência o censo escolar realizado pelo Ministério da Educação; b) quanto ao PDDE e ao Pnate, pelo Conselho Deliberativo do FNDE por meio de normas infralegais. Cumpre salientar que esses dispositivos não têm o condão de configurar a criação de obrigação incondicional para a União, pois, conforme afirmado pela Semag no item 46 da instrução à peça 58, *“tais dispositivos, apenas, reduzem a discricionariedade do gestor na distribuição dos recursos federais, o que poderia, perfeitamente, ser reproduzido a título de cláusula de convênio ou instrumento congênere para efetivar a transferência”*.

28. O § 1º do artigo 25 da LRF também estabelece exigências para a realização de transferências voluntárias de forma geral, quais sejam:

Art. 25 (...)

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

I – existência de dotação específica;

II – (VETADO)

III – observância do disposto no inciso X do artigo 167 da Constituição;

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.

29. Tais exigências, entretanto, não são aplicadas às transferências voluntárias referentes a ações de educação, saúde e assistência social em razão do constante do § 3º do supramencionado artigo, segundo o qual: *“Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de*

educação, saúde e assistência social”. Em relação a essa excepcionalidade prevista na LRF, a Semag, inclusive, aventou possível conflito de legalidade entre tal comando e as restrições previstas nas leis instituidoras dos programas sob análise (artigos 20 e 26, § 2º, da Lei 11.947/2009, e artigo 5º, § 1º, da Lei 10.880/2004. Todavia, conforme afirmou a Semag, *“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”*.

30. De qualquer forma, a interpretação do § 3º do artigo 25 da Lei Complementar 101/2000 é pacífica quanto à finalidade de evitar solução de continuidade no fornecimento de serviços vinculados às funções de governo de educação, saúde e assistência social, de forma a resguardar o bem estar dos cidadãos que seriam afetados pela falta de continuidade desses serviços fundamentais. No entanto, tal disposição legal não têm o condão de transformar a natureza jurídica das transferências relacionadas às mencionadas funções de governo de voluntárias para obrigatórias.

31. Deve-se ressaltar que não há previsão na CF que possibilite a suspensão de transferências efetivamente obrigatórias por razão de omissão ou rejeição de prestação de contas. A propósito, com exceção da regra prevista no artigo 160, parágrafo único, inciso II, da CF, que possibilita a União condicionar a entrega dos Fundos de Participação de Estados e Municípios (FPE e FPM) ao cumprimento do mínimo de saúde, as transferências que decorrem de obrigação incondicional da União não estão sujeitas a qualquer das restrições que possibilitem suspensão do repasse, tais como as definidas nas leis instituidoras dos Pnae, PDDE Básico e Pnate, transcritas no parágrafo 19 deste parecer.

32. Consoante bem observado pela Semag, neste quesito, reside uma das contradições da proposta da SecexEducação de reforma da jurisprudência do TCU, visto 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”* (item 5 da instrução à peça 58) (destaque acrescido).

33. Cumpre realçar que os dispositivos das leis 10.880/2004 e 11.947/2009 mencionados nos parágrafos anteriores deste parecer apresentam nítidas previsões que refletem o conteúdo de cláusulas que, em geral, são constitutivas do termo de convênio, ajuste ou instrumento congênere. Segundo afirmado pela Semag, o poder executivo editou as *“Medidas Provisórias – que foram convertidas em lei – com a inclusão dessas condicionantes com vistas a racionalizar a pactuação dos referidos programas. Apenas isso.”* Dessa forma, o fato de os recursos de tais programas não serem repassados aos Estados, DF e Municípios por meio de convênio, acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento congênere (fundo a fundo, termo de compromisso, etc), não tem o condão de alterar a natureza “voluntária” dessas transferências, visto que tais instrumentos traduzem tão somente o meio de se materializar a entrega de recursos.

34. À vista, portanto, do arranjo jurídico-constitucional vigente exposto nos parágrafos anteriores, conclui-se, em consonância com o entendimento da Semag, que não é possível alterar a natureza jurídica e a classificação das transferências referentes aos programas Pnae, Pnate e PDDE Básico – de voluntária para obrigatória – com fundamento em analogia entre elas e os repasses realizados no âmbito da saúde por previsão do artigo 198, § 3º, inciso II, da CF. Por essa razão, este representante do Ministério Público de Contas da União manifesta-se de acordo com o encaminhamento de mérito proposto nas alíneas “c” e “d” da instrução da Semag à peça 58.

35. Em relação à avaliação do modelo atualmente utilizado pelo FNDE no processo de tratamento e de análise das prestações de contas dos Pnae, Pnate e PDDE Básico, este representante do Ministério Público de Contas da União, em face do percuente trabalho realizado pela SecexEducação, entende que o encaminhamento proposto pela unidade técnica no item 371 da instrução à peça 47 é oportuno para o alcance do objetivo da presente representação, **com exceção das alíneas “b” e “k”**, que dizem respeito à questão sobre a natureza jurídica e à classificação das transferências destinadas aos programas educacionais suplementares universais.

36. Por fim, pelas razões expostas pela Semag nos itens 9 a 18 da instrução à peça 58, que estão em consonância com a jurisprudência deste Tribunal de Contas, anui-se também à proposta constante da alínea “a” do item 219 da referida instrução no sentido de admitir nos presentes autos o Conselho Nacional de Secretários de Educação (Consed), na condição de **amicus curiae**.

Ministério Público, em 25 de fevereiro de 2019.

Rodrigo Medeiros de Lima
Procurador