

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE ANDARAÍ

PROCESSO Nº 18426e19

PARECER Nº 02276-19

EMENTA: REALIZAÇÃO DE OBRAS PREVISTAS NO PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO – PME COM A UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DECORRENTES DE DIFERENÇAS DAS TRANSFERÊNCIAS DO FUNDEF OU FUNDEB, ORIUNDOS DE PRECATÓRIOS, REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES. RESOLUÇÃO Nº 1.346/2016, ALTERADA PELAS RESOLUÇÕES Nº 1.360/2017 E Nº 1.387/2019, DESTE TCM.

1. Nos termos da Resolução nº 1.346/2016, alterada pelas Resoluções nº 1.360/2017 e nº 1.387/2019, deste TCM, o Gestor somente poderá utilizar os recursos recebidos em decorrência de ação ajuizada contra a União, objeto de precatórios, em virtude de insuficiência dos depósitos do FUNDEF ou FUNDEB, nas hipóteses dispostas no artigo 70 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, em especial no que concerne a execução de obras previstas em Plano Municipal de Educação, cabendo ao Gestor, diante das especificidades atinentes ao caso concreto, avaliar a legalidade de tais ações.

2. A regra na Administração pública é a contratação mediante processo licitatório, sendo a contratação direta, com fundamento nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações e Contratos, exceção. Para tanto, devem estar preenchidos todos os pressupostos legais autorizadores, inclusive, os elementos dispostos no art. 26, da Lei nº 8.666/93.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. João Lucio Passos Carneiro, prefeito do município de Andaraí, endereçada ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob nº 18426e19, questionando:

“Pode o Município “X” executar obras previstas No PME e mo Plano de Trabalho com recursos oriundos do Precatório/FUNDEF, mediante contratação de mão de obra direta?

Em caso afirmativo, qual o procedimento para contratação desta mão de obra?”.

Em caráter preliminar, registra-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Dito isso, primeiramente, cumpre esclarecer que o artigo 30, VI, da Constituição Federal preceitua que compete aos Municípios “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental”, ao tempo em que o artigo 211, §2º, também da CF, dispõe que “Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”.

Logo, da leitura dos dispositivos acima reproduzidos, infere-se que é prioridade do Município promover a educação infantil e o ensino fundamental, contando, para tanto, com o auxílio também da União.

Com a finalidade de atender ao quanto disposto na Carta Magna, foi instituído o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, através da Emenda Constitucional nº 14/1996, regulamentado pela Lei nº 9.424/1996. O mesmo teve por objetivo destinar recursos para serem aplicados, exclusivamente, na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, ou seja, aquele ministrado aos educandos da 1ª a 8ª séries, à época.

Assim sendo, tem-se que os recursos do FUNDEF – no período da sua existência – não poderiam ser aplicados em finalidade diversa da manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público.

Feitas tais considerações, importante acrescentar, com relação aos créditos decorrentes de precatórios, oriundos de diferenças das transferências do FUNDEF ou FUNDEB de exercícios anteriores, que esta Corte de Contas, diante da complexidade que reveste os assuntos relacionados com tais valores e no intuito de dirimir diversas dúvidas dos Jurisdicionados, bem como de orientar os seus técnicos e servidores, aprovou a Resolução nº 1.346/2016, alterada pelas Resoluções nº 1.360/2017 e nº 1.387/2017, disciplinando a sua contabilização e aplicação pelos Municípios.

O §1º do mencionado artigo 1º da Resolução nº 1.346/2016, alterada pelas Resoluções nº 1.360/2017 e nº 1.387/2019, deste Tribunal esclarece, ainda, que:

“Art. 1º (...)

§ 1º Por se tratarem de diferenças relativas a diversos exercícios financeiros, as Prefeituras deverão realizar as despesas consoante plano de aplicação, podendo estas serem efetivas em exercícios diversos daquele em que ocorrer a transferência financeira para os cofres municipais, respeitado o prazo limite de vigência do FUNDEB, 31/12/2020, na forma do art. 48 do citado diploma legal.

(...)” (destaques no original e aditados)

Nesse ponto, cumpre chamar atenção para a importância da existência do plano de aplicação, que nada mais é do que um plano racional de desembolso dos recursos recebidos.

Ou seja, embora a origem dos créditos decorra de diferenças das transferências do FUNDEF ou FUNDEB, devidas pela União, referentes a diversos exercícios financeiros, a vinculação da destinação da receita deve ser observada por ocasião da sua aplicação, de acordo com o parágrafo único do artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF. Além disso, o Gestor Público, neste caso, assim como em qualquer outro, deve observar os princípios contidos na Constituição Federal, em especial, o da razoabilidade e o da supremacia do interesse público.

O plano de aplicação, portanto, funciona como um instrumento de planejamento para o Administrador controlar os gastos de tais despesas, evitando o uso de forma desarrazoada e, principalmente, desvinculada da sua destinação legal.

Dito isso, ressalte-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/1996, no artigo 70, dispõe sobre as ações admitidas como de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino - MDE, da seguinte forma:

“Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

- VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;
- VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
- VIII - aquisição de material didático escolar e manutenção de programas de transporte escolar. (grifos aditados)

Por sua vez, o artigo 71 dessa mesma Lei elenca as despesas que não podem ser efetuadas com recursos destinados à Manutenção e Desenvolvimento do Ensino - MDE, a saber:

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

- I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;
- II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;
- III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;
- IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;
- V - obras de infra estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;
- VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.”

De mais a mais, acrescente-se, porque oportuno, que o artigo 17 da Lei nº 11.494/2007 dispõe que:

“Art. 17. Os recursos dos Fundos, provenientes da União, dos Estados e do Distrito Federal, serão repassados automaticamente para contas únicas e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, vinculadas ao respectivo Fundo, instituídas para esse fim e mantidas na instituição financeira de que trata o art. 16 desta Lei.
(...)”

A seu turno, o artigo 16 da referida Lei nº 11.494/2007 vaticina que:

“Art. 16. Os recursos dos Fundos serão disponibilizados pelas unidades transferidoras ao Banco do Brasil S.A. ou Caixa Econômica Federal, que realizará a distribuição dos valores devidos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

(...)”

Nesse sentido, imperioso consignar que este Tribunal de Contas entende que, em razão de os ingressos em questão terem origem extraordinária, aliada à materialidade dos seus valores envolvidos, justifica-se a necessidade da segregação do seu registro contábil, distinguindo-os daqueles recursos ordinários percebidos em cada exercício corrente, como forma de permitir à

sociedade e aos Órgãos de Controle o pleno conhecimento e acompanhamento sobre a respectiva aplicação.

O artigo 3º da Resolução nº 1.346/2016, alterada pelas Resoluções nº 1.360/2017 e nº 1.387/2019, deste Tribunal orienta que:

Art. 3º A contabilização dos recursos recebidos pelas Prefeituras, decorrentes da diferença de transferências do FUNDEF ou FUNDEB, objeto de precatório, deve ser efetuada:

I - sob a rubrica 1724.03.00 - Transferência de Recursos da Complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF/Precatórios, Fonte de Recursos 95 – Ação Judicial FUNDEF – Precatórios.

II – sob a rubrica 1724.04.00 – Transferência de Recursos da Complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEB/Precatórios, Fonte de Recursos 95 – Ação Judicial FUNDEB – Precatórios.” (destaque no original)

Depreende-se, portanto, que os recursos decorrentes das diferenças de transferências do FUNDEF ou FUNDEB, referentes a exercícios anteriores, objeto de precatórios, devem ser repassados para conta única e exclusivamente criada para este fim, devendo ser utilizada na contabilização desta receita uma das rubricas acima elencadas.

Vale frisar que todos os gastos públicos devem ter previsão orçamentária, assim como todas as ações e programas a eles referentes, entendimento que também se aplica quando da utilização dos créditos decorrentes dos precatórios sob enfoque.

Neste contexto, o Plano Municipal de Educação – PME à luz do Caderno de Orientações de autoria do Ministério da Educação, tem como objetivo “traduzir e conciliar os desejos, as necessidades e as capacidades educacionais do município para a oferta da educação básica (em todas as suas etapas e modalidades) e também de ensino superior.”, abrangendo a possibilidade de novas construções, aquisição de mobiliários, contratação de professores, dentre outros insumos, sempre em consonância com o Plano Nacional de Educação – PNE e o Plano Estadual de Educação – PEE.

Neste contexto, informa ainda o referido documento, a necessária constituição de comissão coordenadora, bem como equipe técnica, órgãos responsáveis pela elaboração de “documento base”, com a descrição das demandas educacionais e fragilidades do respectivo município, havendo sua consolidação mediante ato legal publicado no Diário Oficial.

Volvendo-se a situação posta nos presentes autos, em que pese não haver a discricção pormenorizada das obras a serem realizadas no plano de trabalho oriundo do PME, bem como a impossibilidade do aprofundamento da situação ora descrita de forma concreta nos moldes de uma consulta, entende-se pela possibilidade da execução de obras provenientes de programas que envolvem o aperfeiçoamento da educação municipal com verbas oriundas dos precatórios do FUNDEF, contudo, necessário se faz o atendimento as determinações contidas nos artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB .

No mais, como forma de aprofundamento da questão ora evidenciada, importante se faz mencionar documento emitido pelo Ministério da Educação, intitulado “Perguntas Frequentes – FUNDEB”, que elucida dúvidas a respeito de quais ações são consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino, e que conseqüentemente podem ser implementadas com verbas advindas de precatório do FUNDEF.

Ademais, havendo a possibilidade do enquadramento na execução das obras previstas no PME aos ditames contidos nas normas acima explicitadas, necessário se faz afirmar que de acordo com o quanto dispõe o art. 37, inciso XXI, da CF/88, **a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública, em observância a Norma Federal nº 8.666/93:**

“que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas em lei, que é exatamente o que se observa nas disposições dos arts. 17, incisos I e II, 24 e 25, da Lei nº 8.666/93, que tratam, respectivamente, sobre os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na Obra intitulada “Direito Administrativo”, Ed. Atlas, São Paulo, 2014, esclarece o seguinte:

“na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que ficaria inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”.

Como se vê, a dispensa ocorre por ato discricionário do agente administrativo que, diante do caso concreto e dentre das hipóteses em que a lei permite, analisa e decide, considerando o interesse público envolvido, a conveniência de se contratar diretamente, entretanto, Não obstante os requisitos dispostos acima necessários à contratação direta, há de se ressaltar também que o Gestor deve instaurar um processo administrativo prévio em que fique devidamente justificado o motivo da inexigibilidade ou da dispensa, assim como, os requisitos dispostos no parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 8.666/93:

“Art. 26 (...)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Ressaltamos, por oportuno, que o processo administrativo de dispensa de licitação deve ser autuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 8.666/93 e, por se tratar de uma relação contratual, recomenda-se também a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no art. 38, da referida Lei de Licitações e Contratos.

Além dos requisitos legais autorizadores (inviabilidade de competição, singularidade do objeto, notória especialização, instauração de processo administrativo prévio), deve ficar demonstrado também que o preço cobrado é compatível com o praticado pelo mercado.

Ademais, o Agente Público, na instrução do processo administrativo, deve caracterizar minuciosamente a hipótese de dispensa deflagradora da contratação direta, sob pena de incidir no crime tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa".

É importante salientar, mais uma vez, que a necessidade de motivação do ato decisório do Poder Público no tocante tanto à presença dos pressupostos para contratação direta quanto ao conteúdo da contratação propriamente dita. Ao optar por um determinado sujeito, excluindo a contratação de terceiros, deve-se indicar os fundamentos objetivos da decisão.



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

Como se vê, cabe ao Gestor agir com muita cautela ao contratar diretamente, uma vez que pode ser punido tanto pela contratação sem amparo na previsão legal, quanto nas oportunidades em que não observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 26).

Pontuamos, por conseguinte, que, se o fornecedor ou o prestador de serviços concorrer com a ilegalidade, também será punido com pena semelhante à atribuída ao Administrador Público.

Salvador, 12 de novembro de 2019.

CRISTINA BORGES DOS SANTOS
Assessora Jurídica