

Parecer Coletivo

Educação. Percentual Constitucional Mínimo. Aplicação. Impossibilidade. Imprevisão. Orçamento. Empenhos. Cancelamento. Dotações. Compensação. Exercícios Subsequentes. Procedimentos. Decisões Judiciais. PEC 13/2021.

A presente abordagem trata da aplicação do percentual mínimo de 25% na educação, nos termos do art. 212 da Constituição Federal, por parte dos Municípios. Inobstante ser mandamento constitucional indiscutível, a matéria comporta entendimento diverso no presente exercício, em vista das consequências inevitáveis da pandemia do coronavírus e seus efeitos negativos em todos os setores e atividades, especialmente na economia e na dinâmica social.

O serviço público igualmente foi impactado, seja pelo acréscimo exponencial das ações na área de saúde, imposição necessária ao enfrentamento do contágio e ao tratamento da doença, seja ainda pelas consequências na própria prestação dos demais serviços à população.

O impacto atingiu fortemente a educação, pois além do fechamento das escolas, parcela significativa de servidores e contratados da Administração não puderam exercer suas funções por estarem no grupo de risco. Contudo, a falta de atividade presencial impôs aos entes municipais a adoção de medidas adicionais e a realização de diversos ajustes na relação com os profissionais em educação, bem como fornecedores e também prestadores terceirizados.

A inexistência de atividade nas escolas, fechadas desde março, – e o consequente corte de despesas da Educação, como transporte escolar, merenda, limpeza, segurança, contratos temporários, gratificação e extensão da carga horária, dentre outros, reduziu significativamente o percentual investido na área, a ponto de tornar inviável o cumprimento dos 25% constitucionais.

A discussão sobre o mínimo constitucional para o ensino é de longa data, pois os entes municipais relatam dificuldade em cumprir com essa determinação, por diversas razões específicas, mas que precisam ser consideradas no exame das contas do exercício. E isso em se falando de tempos normais, onde as estruturas físicas e de equipamentos estão plenamente satisfeitas e a remuneração dos profissionais está no limite da Lei de Responsabilidade Fiscal, em vista do art. 20, III, da norma.

Assim, os Municípios partiram para a adoção de um gasto não apenas quantitativo, mas agregador de qualidade justamente para ampliar as condições educacionais e cumprir com a imposição percentual.

Entretanto, há limites concretos e materiais para tudo e o gasto público deve ser efetuado da melhor forma e com as práticas de gestão mais adequadas.

Gerar a despesa pública apenas para cumprir a meta dos 25% é no mínimo discutível, pela dúvida sobre a real necessidade em tais gastos, eventualmente desnecessários. O art. 212, que fixa o cumprimento do percentual mínimo em educação, não pode estar acima do ‘caput’ do art. 37, da mesma Carta Federal.

O dispositivo referido espelha o conceito geral do que seja Administração Pública, nos seguintes termos:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Desta forma, o gasto público deve observar a moralidade e a eficiência, e não somente a legalidade estrita. Tal mandamento não autoriza a despesa desnecessária, pois infringe princípios constitucionais pétreos e, sobretudo, o respeito com a coisa pública.

Contudo, a situação deve ser tratada sempre nos termos propostos pela previsão orçamentária e o efetivo cumprimento das metas e programas estabelecidos em norma. Vale dizer que somente se justificam as eventuais exclusões de procedimentos e ações executivas nos casos materialmente inexequíveis, cujo resultado não tenha como consequência qualquer prejuízo ao processo educacional, muito menos aos alunos da rede.

A atipicidade do ano de 2020, que segue no presente exercício de 2021, deve ser observada nas determinações administrativas. O caso concreto diz respeito com a impossibilidade material, como dito acima, de aplicar a totalidade do percentual previsto na CF/88, em educação. Por evidente, a situação em cada ente municipal será avaliada individualmente pelos órgãos de controle, a começar pelo próprio sistema de controle interno.

Assim, necessário analisar até o final deste exercício eventuais demandas da área que ainda podem ser atendidas e que efetivamente são necessárias, seja para o cumprimento das metas atuais, como para utilização nos próximos anos. O gasto ainda possível em 2021 deve contemplar a eficácia e utilidade do mesmo, independentemente se neste momento ou para o futuro próximo.

As demais situações que não detenham a utilidade acima referida ou que sejam inviáveis em seu cumprimento, como exemplo, o pagamento previsto no orçamento para carga horária suplementar não realizada em vista da paralisação, ou ainda transporte escolar suspenso, devem ser excluídas, inclusive do orçamento vigente.

Neste sentido, a Secretaria da Educação deve elaborar relatório detalhado dos atos ainda pendentes e passíveis de realizar, como também os demais que serão cancelados.

A quantificação orçamentária de todos os atos executivos cuja prática restarão inviabilizados, deve ser objeto de contabilização e ajustes para aplicação no próximo exercício, ou ainda, nos anos subsequentes. Ou seja, necessário apurar quais ações não serão efetivadas e compatibilizar com as previsões do orçamento atual, visando aferir com maior precisão possível qual o montante das dotações que não serão liquidadas.

Ante a inexistência de liquidação, nos termos da Lei Complementar 4320/64, torna-se imperioso que se proceda no cancelamento dos empenhos pertinentes, sob pena de inscrição em restos a pagar, muito embora haja suficiência financeira, em vista da disponibilidade de caixa, especialmente do recurso vinculado não efetivado.

O cancelamento dos empenhos, pela falta de liquidação, cria um superávit orçamentário e financeiro ao final do exercício, ao mesmo tempo em que pode não atingir a meta constitucional de 25% da receita aplicada na educação. Tudo de forma justificada e devidamente comprovada, como dito acima. Esta questão pode se equacionada com a alternativa da compensação. A matéria não é nova e por inúmeras vezes já foi enfrentada em casos semelhantes, muito embora sem a situação justificada de uma pandemia, como ocorre ainda em 2021.

Havendo impossibilidade de cumprimento do percentual exigido nos termos da Constituição Federal, essa ‘sobra’ deverá integrar o orçamento do próximo exercício ou dos anos subsequentes. Veja-se que tais recursos são vinculados e não podem ser aplicados em qualquer outra dotação ou serviços, com exceção pontual e específica de eventuais transferências para o enfrentamento da própria pandemia.

Entretanto, necessário ressaltar que a área de saúde recebeu uma quantidade de recursos significativa para utilização no combate ao vírus, de forma que inexistente, pelo menos na maior parte dos Estados e Municípios, falta de dinheiro para tal. Assim, se mantém a vinculação integral dos montantes referidos e devem ser utilizados na respectiva dotação, mesmo que em exercícios subsequentes.

A alternativa para a situação gerada por conta a paralisação das atividades presenciais no ano em curso, é distribuir o saldo remanescente que não alcançou o percentual mínimo, no próximo exercício. Desta forma, a diferença quantificada, orçamentária e financeiramente, poderá ser alocada nas peças futuras do orçamento.

As alterações para os devidos ajustes devem ser feitas no atual Plano Plurianual, bem como na Lei de Diretrizes e na LOA para 2022. A partir da elaboração do PPA para o quadriênio 2022-2025, a previsão de aplicação do percentual deverá seguir o mesmo parâmetro estabelecido neste momento, para que os recursos sejam aplicados de acordo com a condição narrada no presente parecer.

Importante destacar que o exame da aplicação do percentual em educação será realizado pelo TCE/RS, integrando o processo de contas do exercício. Por evidente, o Tribunal não pode emitir orientação de caráter geral flexibilizando o limite de aplicação em MDE.

Em situação normal, o descumprimento pode levar à recomendação pela rejeição das contas do gestor. Porém, todos os casos enquadrados na situação em discussão serão tratados individualmente, com a apreciação da motivação e dos argumentos técnicos e legais que levaram ao não atingimento da meta constitucional.

Importante ainda trazer ao debate a previsão do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O dispositivo estabelece que “*na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo*”.

Necessário tecer breves considerações acerca desta Lei Federal nº 13.655/18, acima referida.

De acordo com o artigo 20, as auditorias quando realizadas deverão considerar situações concretas existente no momento da execução do ato administrativo:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Assim, os julgadores não mais poderão ceder a considerações genéricas acerca da discricionariedade administrativa. Esta orientação é fornecida também pelo artigo 22 acima mencionado, que diz na sua íntegra:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as **circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.**

§2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. [...]

Os vetores legais para o exame da responsabilização de Gestores Públicos, após a edição da Lei Federal nº 13.655/2018, passaram a ser, obrigatoriamente, os seguintes:

- a) os obstáculos e as dificuldades reais do gestor;
- b) as exigências das políticas públicas;
- c) circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente;
- d) natureza e a gravidade da infração cometida;
- e) os danos que dela provierem para a administração pública;
- f) as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente e,
- g) consideração das sanções aplicadas ao agente quando da dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato em outras esferas.

Na verdade, há diversas variantes a serem ponderadas quando do exame das contas do período, em especial a situação que trata da aplicação dos 25% em educação. O gerenciamento da crise sanitária, com constantes alterações nas projeções e perspectivas de implementação do ano letivo, não permitiram haver um planejamento mínimo no trato da área.

No Rio Grande do Sul, especialmente após a instauração do Modelo de Distanciamento Controlado, cuja base de execução se houve por meio de bandeiras coloridas e restrições gerais e específicas, as escolas se mantiveram em compasso permanente de espera, aguardando que tais definições determinassem o rumo a ser observado. A posição estadual perdurou até recentemente quando ocorreu a troca de modelo para o sistema 3As.

O Administrador local viu-se obrigado e gerenciar a área de educação com olhos voltados ao retorno imediato, ao mesmo tempo em que conviveu com a manutenção das restrições e a paralisação das atividades escolares por longos meses em 2021. A situação impediu qualquer planejamento, mesmo que de curto prazo, visando sanar eventuais deficiências operacionais ou o saneamento de questões orçamentárias e financeiras.

Na prática, tratou-se do que o processo penal denomina ‘inexigibilidade de conduta diversa’, ou seja, a atuação do gestor foi balizada pela inconstância e imprevisão da pandemia, bem como dos atos gerados pelas autoridades estadual e federal. Restou assim inviável adotar procedimento próprio para regular a situação, pois o ente municipal sempre esteve na dependência de deliberações do Estado, especialmente no tocante ao retorno às aulas presenciais.

Desta feita, plenamente justificadas as medidas adotadas sejam por ação ou mesmo por omissão, não somente quanto à educação, mas nas demais áreas de prestação de serviço público. Os Municípios têm legislação municipal orçamentária elaborada dentro dos ditames constitucionais, aprovadas ao final do exercício anterior.

Qualquer alteração substancial deve ser precedida de estudos técnicos de viabilidade, principalmente quanto à sua execução. Vale dizer: necessária a previsão para consecução de atos gerenciais que impactam a sociedade como um todo. Por analogia, aplica-se no caso a teoria da imprevisão, onde o gestor não possui elemento algum para evitar determinada situação.

Nesse sentido, a doutrina especializada entende como evento imprevisível "acontecimentos estranhos, independentes da vontade das partes, que elas não podem prever e que de tal forma alteram as circunstâncias que, na execução, o contrato deixa de corresponder, não só à vontade dos contratantes, como à natureza objetiva dele".

Na visão puramente técnica, portanto, tem-se que pandemias, guerras, grandes e globais depressões econômicas — e os consectários decorrentes desses eventos — devem ser entendidos como eventos imprevisíveis, desequilibrando as prestações obrigacionais entabuladas inclusive por lei e, assim, inviabilizando — ou ao menos sobrecarregando — a manutenção das avenças firmadas, na forma inicialmente pactuada.

O caso concreto da pandemia evidencia claramente a impossibilidade de uma ação coordenada e com planejamento para satisfazer a previsão constitucional de aplicação dos 25% em educação. Contudo, a solução é justamente a compensação no curto e médio prazos.

Constatado o inevitável fato, devem ser promovidas ações buscando a cumulação das verbas para os exercícios seguintes. Essas ações seriam veiculadas em busca de obrigações de fazer, a fim de proporcionar a compensação dos gastos eventualmente não realizados em 2021 para sua inclusão nos orçamentos futuros. O procedimento encontra fundamento em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. MUNICÍPIO: APLICAÇÃO, NO ENSINO, DO PERCENTUAL DE 25% DA RECEITA PROVENIENTE DE IMPOSTOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE: LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. C.F., art. 127, art. 129, III, art. 212.

I. - Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. C.F., art. 212.

II. - Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (C.F., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (C.F., art. 127, art. 129, III).

III. - R.E. conhecido e provido.” (RE 190938 / MG - MINAS GERAIS, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Relator(a) p/ Acórdão: Min.

GILMAR MENDES, Julgamento: 14/03/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma).

Ainda quanto aos desdobramentos da inobservância dos 25% em educação, importante trazer parte do conteúdo exarado pela decisão no processo 5042969-98.2021.4.04.7100 da justiça federal, onde se constata que eventual inscrição no CAUC/SIAFI em razão da inadimplência com esta obrigação constitucional, restam vedadas. Segundo o despacho, ‘a legislação de regência prevê exceções para a suspensão das transferências voluntárias relacionadas a ações de **saúde, educação, assistência social e ações sociais**. A respeito da suspensão das transferências voluntárias, assim dispõe a Lei Complementar nº 101/2000:

Artigo 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. [...]

§ 3º 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.

De igual forma, o Judiciário deu guarda ao Município de Capela de Santana nos termos da Lei nº 10.522/2002, que dispõe:

Artigo 26. Fica suspensa a restrição para transferência de recursos federais a Estados, Distrito Federal e Municípios destinados à execução de **ações sociais** e ações em faixa de fronteira, em decorrência de inadimplementos objeto de registro no Cadin e no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - Siafi. -

Além das situações objetivas de recursos destinados à saúde, educação e assistência social, resta inequívoco que o conceito de ações sociais alcança inúmeras atividades e serviços públicos destinados à população, mesmo em áreas de infra estrutura que se destinam a melhoria das condições de vida e ao bem estar da comunidade; Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. NOVO JULGAMENTO. CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO (CAUC). ÓBICE AO REPASSE DE TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DA UNIÃO. OBRAS. AÇÕES DE NATUREZA SOCIAL. São cabíveis embargos de declaração quando houver no acórdão obscuridade, contradição ou for omisso em relação a algum ponto sobre o qual o Tribunal devia ter se pronunciado e não o fez (CPC/2016, art. 1.022), ou ainda, por construção jurisprudencial, para fins de prequestionamento, como indicam as súmulas 282 e 356 do e. STF e a 98 do e. STJ. Cuidando-

se de repasse de verbas federais destinadas a pavimentação em Município do interior do Estado, identificam-se ações de natureza de ação social, dada a repercussão social causada pelas melhoras na estrutura física de uma pequena cidade, de maneira que resta caracterizada as exceções apontadas na legislação de regência (artigo 25, parágrafo 3º, da LC 101/2000, e artigo 26, parágrafo 2º, da Lei 10.522/2002). (TRF4 5000821- 70.2015.4.04.7104, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO DAZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 12/07/2018) –

Pelo exposto, não resta ao ente municipal outra alternativa a ser adotada para a regularização de medidas visando o cumprimento do percentual investido em educação no exercício de 2021, tendo em vista a imprevisão decorrente dos efeitos negativos da pandemia, que a compensação do montante não aplicado nos próximos orçamentos, mantida a vinculação às respectivas dotações.

Em conclusão, de fundamental importância referir a necessidade de aprovação da PEC 13/2021, junto ao Senado Federal, para equacionar nas disposições constitucionais transitórias a situação de excepcionalidade vivenciada. O texto é claro ao eximir de responsabilidade os entes municipais, estados e seus gestores quando não resta atingido o índice de 25%.

A proposição dispõe no seu artigo primeiro, que adiciona o art. 115 na CF/88, com emenda:

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 115:

Art. 115. Em decorrência do estado de calamidade pública provocado pela pandemia de covid-19, os entes federados e os agentes públicos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderão ser responsabilizados administrativa, civil ou criminalmente pelo descumprimento, nos exercícios financeiros de 2020 e 2021, do previsto no caput do art. 212 da Constituição Federal.”

A PEC com emenda apresentada, trata dos exercícios de 2020 e 2021, pois a pandemia continua a produzir seus efeitos no mesmo sentido do ano anterior, devendo tal medida ser ampliada, ante a impossibilidade material da aplicação integral do percentual. Atualmente, o texto está na CCJ da Câmara com parecer favorável emitido pelo relator e seguirá sua tramitação até ser aprovado em plenário ainda no presente exercício.

É o parecer.

Porto Alegre, 03 de dezembro de 2021.

CDP – Consultoria em Direito Público
Gladimir Chiele – OAB/RS 41.290