

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

Processo Administrativo nº 00405.000166/2008⁶-77
Interessados: Procuradoria-Geral Federal;
Procuradoria Federal junto ao Fundo Nacional de
Desenvolvimento da Educação – FNDE.

Aprovo.
Brasília-DF, 30 janeiro de 2008.

João Ernesto Aragões Viana
Procurador-Geral Federal

EMENTA: Tribunal de Contas da União. Condenação de ex-prefeito em razão de falta de prestação de contas quanto a saques à conta do FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Ministério Público junto ao TCU. Remessa de aresto à Procuradoria-Geral da União para fins de ajuizamento de ação de execução de título consubstanciado em condenação de ex-gestor municipal. Restituição a ser feita à conta do fundo do município do qual os valores foram desviados, com o objetivo de permitir a aplicação dos recursos de acordo com preceito constitucional. Encaminhamento à Consultoria-Geral da União para uniformização do entendimento.

PARECER Nº 023/PGF/APJ/2008

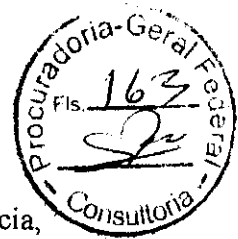
I

Trata-se de conflito negativo de atribuições suscitado pela Procuradoria Federal junto ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE quanto à promoção de ação de execução judicial de título constituído pelo Tribunal de Contas da União - TCU, consubstanciado em condenação de ex-prefeito em razão de saques junto à conta do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, em relação aos quais não foram apresentadas documentação probatória de sua finalidade.

2. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União oficiou à Procuradoria-Geral da União – PGU encaminhando cópia de acórdão em que condenou Paulo César Bahia Falcão e Pedro Américo de Britto Filho, respectivamente prefeito e ex-prefeito do município de Amélia Rodrigues – BA, ao ressarcimento de recursos que não tiveram destinação comprovada. Entrementes, o representante ministerial requereu providências no sentido de que aquele órgão da Advocacia-Geral da União aviasse a atinente ação executiva (fls. 01/24).



3. No âmbito da Procuradoria-Geral da União, inicialmente, vertida a NOTA INTERNA Nº 406/2006/ZBO/DDPU/PGU/AGU, na qual restou sugerida a remessa dos autos à Procuradoria-Geral Federal - PGF para as providências cabíveis em nome do FNDE, pois, o orçamento desta Autarquia Federal instrumentaliza a complementação financeira da União ao FUNDEF (fls. 28/33).
4. Vindo à Procuradoria-Geral Federal (fl. 64), de lá seguiu para a Procuradoria Federal junto ao FNDE para *que fossem tomadas as providências pertinentes à propositura da competente execução judicial, representado pelo Acórdão nº 2.333/2004, do Tribunal de Contas da União, em face do Sr. Paulo César Bahia Falcão [...], após, retorne-se os autos a esta Procuradoria Federal, para comunicação ao Tribunal de Contas da União do ajuizamento da execução judicial* (fl. 100).
5. Nesse ínterim, tramitava processo remissivo ao presente, materializado por cópia de dossiê referente ao julgado de contas, tendo tal sido remetido à PGF (fl. 35), onde recebeu despacho de remessa à Procuradoria Federal junto ao FNDE *para análise e manifestação quanto ao título emanado do TCU e eventuais providência que se façam necessárias, com vistas à execução daquele título* (fl. 41).
6. Com efeito, foi colhida manifestação do Departamento de Desenvolvimento de Políticas de Financiamento da Educação Básica do Ministério da Educação – DEFINEB – no sentido de que *a aplicação de recursos do FUNDEF não está sujeita à fiscalização do MEC e, por conseguinte, qualquer inadimplência nessa aplicação não gera dívida junto ao MEC e sim ao Município* (fls. 45-46). Asseverou, mais, citando o ACÓRDÃO Nº 995/2002-TCU, que *se houver desvio, o procedimento que se impõe é a restituição à conta do Fundo do município do qual os valores forma desviados, com o objetivo de permitir a aplicação dos recursos de acordo com o preceito constitucional. É essencial que a restituição não seja aos cofres da União e sim diretamente à conta do município*.
7. Instada a se manifestar, a Consultoria Jurídica do MEC verteu a INFORMAÇÃO Nº 253/2007- CGAC, na qual aduziu pelo *retorno destes autos ao FNDE para que o Órgão que o representa judicialmente promova, com a urgência que for devida, ou então se for entendido de forma diversa, que preste os esclarecimentos devidos à Procuradoria-Geral Federal, a competente execução judicial do título extrajudicial*. (fls. 122-123).
8. De volta ao FNDE, foi acostado o PARECER Nº 399/2007, no qual se assentou o entendimento de que *a alocação dos recursos para o pagamento da complementação da União no orçamento do FNDE não faz com que haja legitimação desta autarquia em atuar nos processos do FUNDEF* (fls. 50-58), tendo, por conseguinte, declinado da atribuição para tal fim.
9. Retornando o feito à Procuradoria-Geral Federal (fl. 62), ora vem à Consultoria, para exame e parecer (fl. 125), tendo sido, ainda, determinada a juntada da manifestação exarada pela Procuradoria-Geral da União (fls. 127/158) acerca do mesmo tema, sugerindo à apreciação da Consultoria-Geral da União.
10. É o relatório.



II

11. O debate jurídico originário ganhou considerável relevância, ultrapassando a mera resolução do conflito negativo de atribuições existente entre a Procuradoria-Geral da União e a Procuradoria Federal Especializada junto ao FNDE.

12. Assim, além da questão posta no caso concreto, merecem ser examinadas as balizas que devem marcar a atuação jurídica da Advocacia-Geral da União quanto as controvérsias que envolvam o extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – FUNDEF e o que lhe sucedeu, atual Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, especialmente o seguinte:

a) A União ou do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE têm legitimidade e interesse para a propositura de demanda judicial ou o necessário interesse jurídico para intervenção, em quaisquer hipóteses, nas causas em que se discute a malversação dos recursos do FUNDEF ou do FUNDEB?; e

b) A existência de acórdão condenatório oriundo do Tribunal de Contas da União, com força de título executivo, determinando a devolução de recursos originariamente destinados ao FUNDEF ou ao FUNDEB em face da conduta lesiva do agente público municipal, dá legitimidade processual para a União ou o FNDE pleitear em Juízo a recomposição do respectivo fundo municipal?

13. De modo bastante abrangente, esses têm sido os pontos que mais ter circundado as discussões jurídicas no âmbito da Advocacia-Geral da União, sem que se tenha dado solução uniforme e definitiva para o assunto até o momento.

14. Necessário, porém, antes que se passe ao enfrentamento das questões postas, voltar-se para o esclarecimento de algumas peculiaridades dos fundos constitucionais de melhoria da Educação Básica e Fundamental de nosso País, previstos, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nº 14, de 1996, e nº 53, de 2006.

III

15. Primeiramente foi concebido o FUNDEF, por força da Emenda Constitucional nº 14, de 13 de setembro de 1996¹, tendo sido implementado

¹Art. 60 Nos dez primeiros anos da promulgação desta emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, a manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

§ 1º A distribuição de responsabilidades e recursos entre os estados e seus municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no art. 211 da Constituição Federal, e assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um fundo de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de valorização do magistério, de natureza contábil.

§ 2º O Fundo referido no parágrafo anterior será constituído por, pelo menos, quinze por cento dos recursos a que se referem os arts. 155, inciso II; 158, inciso IV; e 159, inciso I, alíneas "a" e "b"; e inciso II, da Constituição Federal, e será distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental.

§ 3º A União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o § 1º, sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

§ 4º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em um prazo de cinco anos, suas contribuições ao Fundo, de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente.

§ 5º Uma proporção não inferior a sessenta por cento dos recursos de cada Fundo referido no § 1º será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério.

concretamente pela edição da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 2.264, de 27 de junho de 1997 (revogado pelo Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007).

16. Extrai-se, pois, do texto constitucional que o FUNDEF não passa de fundo meramente contábil, que tem como escopo principal permitir o controle da destinação e da aplicação dos recursos que foram vinculados para concreção das ações voltadas, primordialmente, à melhoria da educação fundamental.
17. Em essência a EC nº 14, de 1996, com a redação dada ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, vinculou receitas dos Estados e dos Municípios para que fossem aplicadas na melhoria do ensino fundamental. Verifica-se, pois, que os recursos que sustentam FUNDEF são provenientes de parte da receita de imposto estadual (ICMS) e, também, de parte dos recursos decorrentes da repartição das rendas tributárias pertencentes aos Estados e Municípios, como se destaca do disposto no §2º do art. 60 do ADCT.
18. Observe-se, por oportuno, que a Constituição Federal determinou a criação de um fundo contábil em cada um dos Estados da Federação e no Distrito Federal, de modo a assegurar um melhor controle da destinação dos recursos.
19. À União, por seu turno, coube o dever de complementar os recursos dos fundos que deveriam ser criados em cada Estado da federação e no Distrito Federal, de modo que se garantisse a aplicação de um valor padrão nacional mínimo por aluno (§3º do art. 60 do ADCT). Nesse ponto, cabe ressaltar que o Decreto nº 2.264, de 27 de julho de 1996, em seu artigo 4º², disciplinou que os recursos decorrentes da complementação da União deveriam ser alocados no Orçamento do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, não existindo dispositivo correspondente no Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007, que regulamenta o FUNDEB.
20. Diante desse quadro jurídico, analisando a questão somente sob o enfoque da titularidade dos recursos que compõem os referidos fundos, vislumbram-se duas hipóteses acerca da proveniência dos recursos destinados aos mencionados fundos estaduais voltados para concreção das políticas educacionais do ensino fundamental (FUNDEF), quais sejam, ora os recursos destinados ao cumprimento do mister constitucional estatuído pela EC nº 14, de 1996 (FUNDEF), são pertencentes exclusivamente aos Estados e Municípios, sem participação da União, ora os recursos destinados são pertencentes aos Estados, aos Municípios e, também, da União mediante complementação para atingir o valor mínimo estipulado por aluno.

IV

21. Na primeira hipótese ventilada, quando os recursos são exclusivamente compostos de receitas pertencentes aos Estados e Municípios, ou seja,

§ 6º A União aplicará na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o § 3º, nunca menos que o equivalente a trinta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal.

§ 7º A lei disporá sobre a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno.¹

² Art. 4º Os recursos necessários ao pagamento da complementação da União ao Fundo serão alocados no Orçamento do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, podendo ser destinadas a essa finalidade receitas da contribuição do Salário Educação até o limite de 20% do total da referida complementação. (grifos nossos)



quando não há complementação da União, é que se tem maior discussão, como se pode entrever de todas as manifestações extraídas dos presentes autos.

22. Nesta hipótese, sob o enfoque apenas da origem dos recursos destinados ao fundo – como tem sido a tônica de todas as manifestações jurídicas até o presente momento –, realmente não há como reconhecer à União ou sequer a sua entidade Autárquica Federal envolvida a necessária legitimidade para ingressar em juízo buscando a recuperação de recursos malversados pelos agentes públicos municipais responsáveis pela execução das ações do FUNDEF.

23. Em se tratando de recursos exclusivamente Estaduais e Municipais destinados ao FUNDEF, salvo melhor juízo, carecedores a União e o FNDE de legitimidade para a propositura de demanda judicial ou até para a intervenção nas causas em que se discute a malversação de tais recursos oriundos dos cofres de outros entes. Não se justificaria, aliás, a intervenção processual nos referidos processos, porquanto não remanesceria sequer o interesse econômico (art. 5º, da Lei nº 9.469, de 1997).

24. E não é só isso. Defender a legitimidade da União para ingressar com ações ou intervir nas causas em que se busca a recomposição de recursos dos demais entes federativos implica em defender uma legitimação processual extraordinária que não está autorizada em lei, já que a União estará em Juízo como parte, pleiteando em nome próprio direito alheio, quais sejam, recursos mal aplicados exclusivamente decorrentes dos Orçamentos de outros entes federados.

25. Ademais, a Constituição Federal também não autoriza tal interpretação, demasiadamente elástica e calcada em contornos estritamente teleológicos, a ponto de admitir a legitimação processual extraordinária para recompor os cofres dos fundos eventualmente lesados, quando os recursos mal aplicados sejam exclusivamente decorrentes dos Orçamentos de outros entes federados.

26. Ora, a criação do FUNDEF, como dito alhures, particularmente e principalmente vinculou a aplicação de receitas em determinada ação estatal, sem, no entanto, romper com a rígida repartição das rendas destinadas aos entes da federação. Frise-se, portanto, que na hipótese, os recursos não têm qualquer vinculação com a União. Lembre-se que o próprio Tribunal de Contas da União já refutou fiscalização dos recursos do FUNDEF quando não houve complementação de recursos pela União (Acórdão 69/2004 Plenário).

27. Assim, repita-se, apenas tendo em mente a origem dos recursos destinados ao fundo, restaria inexorável que a atuação da União, no caso, não poderia ser ilimitada, pois não se poderia sob o pálio da melhor defesa do Erário, vulnerar a autonomia dos Estados e dos Municípios em repreender os atos ímprobos dos agentes públicos que malversam recursos de tais entes, ainda que tenham destinação vinculada.

V

28. De outro lado, no que toca ao controle da aplicação dos recursos destinados ao FUNDEF, não seria desmedido afirmar que caberia ao competente Tribunal de Contas Estadual ou Municipal, quando for o caso, fiscalizar a aplicação desses recursos vinculados. O princípio da simetria autoriza tal entendimento, mormente em se tratando de recursos exclusivamente pertencentes aos Estados e aos



Municípios, sendo que o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União na espécie, deveria cingir-se ao controle das quantias devidas pela União ao Fundo.

29. É por isso que se afirma que “o TCU fiscaliza o cumprimento do dever da União de repassar os recursos, até a entrada nos cofres do Estado; o Tribunal de Contas do Estado fiscaliza a entrada do recurso e sua utilização”³. No caso do FUNDEF não seria diferente.

30. De toda sorte, a Corte de Contas da União vem entendendo que cabe examinar as prestações de contas do FUNDEF, asseverando, entretanto, que a restituição dos recursos malversados seja feita diretamente à conta do fundo do município⁴. Aqui é conveniente registrar que o Tribunal de Contas da União tem efetuado tal fiscalização em decorrência da interpretação que tem sido dada à Lei nº 9.424, de 1996, especialmente ao seu artigo 11⁵, sob o entendimento de que a referida norma fixou a competência concorrente dos Tribunais de Contas (federal, estaduais e municipais) para fiscalizar as contas do FUNDEF⁶. Não se pode negar, que tal entendimento é razoável, o que não implica dizer que tal vaticínio se estenda para outra atuação estatal que não seja a mera atribuição concorrente para fiscalizar nos casos em que não há recursos federais envolvidos.

31. Com isso, é de se entender que não têm a União e o FNDE legitimidade processual para pleitear em nome próprio, como parte, a devolução de recursos ao fundo municipal, recursos esses que são de titularidade dos Estados e dos Municípios – direito alheio – e que fora malversado na sua aplicação pelo agente público municipal, ainda que a fiscalização de tais recursos se dê de forma concorrente pelas Cortes de Contas como bem ou mal vem acontecendo.

32. De toda sorte, no que toca a mera intervenção de terceiro nas causas em que se discute a recomposição de recursos do FUNDEF malversados, quando os recursos destinados são exclusivamente dos Estados e dos Municípios, vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça que é possível intervenção federal nas referidas demandas, hipótese em que a competência para processar e julgar a lide será deslocada para a Justiça Federal.

33. Frise-se, entretanto, que mesmo nessa remota hipótese, com a qual não se convence, a intervenção autorizada limita-se ao interesse da União e não do FNDE, na medida em que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça decorre da

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 572.

⁴ **É essencial que a restituição não seja aos cofres da União e sim diretamente à conta do município.** Com esse procedimento, a ação do TCU faz retornar à municipalidade os valores desviados e não distorce a distribuição dos recursos do Fundo que, conforme previsão legal, é baseada em coeficientes proporcionais ao número de alunos. [...] **Se houver desvio, o procedimento que se impõe é a restituição à conta do Fundo do município do qual os valores foram desviados, com o objetivo de permitir a aplicação dos recursos de acordo com o preceito constitucional.** Em vista da competência legal concorrente para a fiscalização do Fundef, é mais importante, na prática, garantir o retorno dos recursos à municipalidade prejudicada com o desvio do que estabelecer limites para a ação de cada tribunal de contas. Decisão TCU nº 995/2002 – Plenário; Ministro Relator: Guilherme Palmeira.

⁵ Art. 11. Os órgãos responsáveis pelos sistemas de ensino, assim como os Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios, criarão mecanismos adequados à fiscalização do cumprimento pleno do disposto no art. 212 da Constituição Federal e desta Lei, sujeitando-se os Estados e o Distrito Federal à intervenção da União, e os Municípios à intervenção dos respectivos Estados, nos termos do art. 34, inciso VII, alínea e, e do art. 35, inciso III, da Constituição Federal.

⁶ Usualmente, os recursos públicos empregados na execução de atividades provêm de entidade concedente, que pertence a uma determinada esfera de governo. Isso define, univocamente, o órgão responsável pelo controle externo desses gastos [...] A atribuição de competência concorrente, para criação de mecanismos de fiscalização, a tribunais de contas das três esferas (federal, estadual e municipal) é outra peculiaridade do Fundef que merece consideração. (Decisão 995/2002-TCU)

premissa de que “a malversação de verbas destinadas ao FUNDEF prejudica o desempenho de competência atribuída à União pelo art. 211 da Constituição da República”.⁷

VI

34. De outro norte, na outra hipótese ventilada nos presentes autos, qual seja, no caso da existência de complementação da União, afigura-se patente a legitimidade do ente federal para buscar em Juízo a recomposição do Fundo.

35. Assim, é forçoso concluir que há legitimidade e interesse para atuação em Juízo, podendo o ente federal competente ingressar em Juízo, inclusive como parte, porquanto estará a defender em nome próprio direito próprio, já que nesse caso os recursos do fundo malversado constituem-se de uma amalgama indissolúvel, com fim determinado.

36. A Constituição Federal ao determinar que a União complemente os recursos em prol do fundo, em certos casos, até que se atinja o valor mínimo nacionalmente fixado por aluno, está, na realidade, impondo uma responsabilidade solidária dos entes federados para com o fundo. Sendo assim, a Carta Magna institui perante o fundo uma obrigação solidária e indivisível⁸ entre os entes, que, por isso, autoriza a legitimação concorrente de todos os entes da federação que participaram com seus recursos de buscar a recomposição dos valores sursurripiados.

37. Com efeito, como a competência da justiça federal comum é, em regra, fixada *ratione personae*, mesmo em se tratando de recursos malversados que tenham sido complementados pela União, a competência da Justiça Federal somente será fixada quanto o ente federal, se assim entender, ingressar com a competente lide ou nela intervir, nesse último caso, respeitadas as hipóteses de intervenção de terceiros. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha nesse mesmo sentido⁹.

38. Assim, no caso do FUNDEF, vale lembrar que existindo recursos da União destinados ao referido fundo, na forma de complementação, os mesmos eram alocados no orçamento do FNDE por força do Decreto nº 2.264, de 27 de junho de 1997, que, por sua vez os repassava a conta do fundo deficitário, assegurando a aplicação do valor mínimo fixado por aluno.

39. De toda sorte, em se tratando de recursos de várias fontes, que acabam por se tornar indivisíveis, dado que a Constituição Federal assegurou a aplicação mínima de recursos por aluno, e sendo os recursos extraídos, em última análise, do orçamento do FNDE, o que não se pode considerar simples ato formal, sem nenhuma repercussão jurídica, entende-se que a competência para buscar o ressarcimento nesse caso é da referida Autarquia Federal. Corrobora a essa assertiva, ainda, que parte dos recursos da complementação da União – até 20% (vinte por cento) – pode decorrer da receita proveniente da contribuição do Salário-Educação, cuja gerência está a cargo do FNDE.

⁷ CC 64.749/PR. 2006/0129192-9, Min. Eliana Calmon, 28.3.2007, DJ 16.4.2007.

⁸ Em se tratando de uma obrigação solidária e indivisível, fixada constitucionalmente pelo art. 60 do ADCT, ficam autorizados os entes federativos, isoladamente ou em conjunto, a ingressarem com as medidas necessárias para a recomposição do fundo.

⁹ CC nº 36.305/BA. 2002/0091062-3, Min. Franciulli Netto, DJ 28/04/2003.



40. Acrescente-se, ademais, que no caso de complementação de recursos por parte da União, deve-se invocar, aqui sim, sem nenhuma dúvida quanto ao interesse do ente que aporta recursos, a natureza do direito envolvido. É incontestável que há o interesse da União, ou melhor, do FNDE em buscar o ressarcimento de valores, ainda que em prol do fundo vilipendiado, pois se está buscando efetivar um direito fundamental social difuso determinado pelas normas constitucionais de regência *em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.*¹⁰

41. Vale dizer, portanto, que no caso concreto da execução do título executivo expedido pelo Tribunal de Contas da União (fls. 01/24), reconhecida a malversação dos recursos do FUNDEF pelo agente público municipal e, existindo complementação de recursos oriundos da União (ainda que em menor quantidade) – reconhecida pelo TCU ao apreciar as contas (competência concorrente), resta impositiva a propositura da competente ação de execução, ressalvado, entretanto, na espécie a possibilidade da existência de outra ação de execução com mesmo objeto já proposta (fl. 63), restituindo os valores ao fundo. Anote-se, ainda, que não obstante as dificuldades vivenciadas outrora na representação judicial do FNDE, recentemente, foram superadas, ante a edição da Portaria PGF nº 593, de agosto de 2007, o que permite a condução de modo razoável do contencioso judicial.

VII

42. Após o FUNDEF, sobreveio o FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação –, criado pela EC nº 53, de 2006¹¹, e disciplinado pela Medida Provisória nº 339/2006,

¹⁰ RE 163.231, Rel. Mauricio Corrêa, DJ 29/06/2001.

¹¹ Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:

I - a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil;

II - os Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas a e b do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal;

III - observadas as garantias estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 208 da Constituição Federal e as metas de universalização da educação básica estabelecidas no Plano Nacional de Educação, a lei disporá sobre:

a) a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, as diferenças e as ponderações quanto ao valor anual por aluno entre etapas e modalidades da educação básica e tipos de estabelecimento de ensino;

b) a forma de cálculo do valor anual mínimo por aluno;

c) os percentuais máximos de apropriação dos recursos dos Fundos pelas diversas etapas e modalidades da educação básica, observados os arts. 208 e 214 da Constituição Federal, bem como as metas do Plano Nacional de Educação;

d) a fiscalização e o controle dos Fundos;

e) prazo para fixar, em lei específica, piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica;

IV - os recursos recebidos à conta dos Fundos instituídos nos termos do inciso I do caput deste artigo serão aplicados pelos Estados e Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal;

V - a União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o inciso II do caput deste artigo sempre que, no Distrito Federal e em cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado em observância ao disposto no inciso VII do caput deste artigo, vedada a utilização dos recursos a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal;

esta convertida na Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, e regulamentado pelo recente Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007.



43. É certo que o novo fundo voltado a Educação em termos finalísticos pouco inovou, porém trouxe algum alento na solução das questões presentemente debatidas.

44. A nova redação dada ao artigo 60 do ADCT, pela EC nº 53, de 1996, remeteu a lei ordinária, dentre outros pontos, a fiscalização e o controle dos fundos (art. 60, inc. III, d, do ADCT). Além disso, o texto constitucional determinou a aplicação mínima de recursos por parte da União, a título de complementação, como se denota do disposto no inciso VII do artigo 60 do ADCT. Essa aplicação mínima, aliás, foi reforçada pelo disposto no *caput* do artigo 4º da Lei nº 11.494, de 2007.

VI - até 10% (dez por cento) da complementação da União prevista no inciso V do *caput* deste artigo poderá ser distribuída para os Fundos por meio de programas direcionados para a melhoria da qualidade da educação, na forma da lei a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo;

VII - a complementação da União de que trata o inciso V do *caput* deste artigo será de, no mínimo:

- a) R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), no primeiro ano de vigência dos Fundos;
- b) R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais), no segundo ano de vigência dos Fundos;
- c) R\$ 4.500.000.000,00 (quatro bilhões e quinhentos milhões de reais), no terceiro ano de vigência dos Fundos;
- d) 10% (dez por cento) do total dos recursos a que se refere o inciso II do *caput* deste artigo, a partir do quarto ano de vigência dos Fundos;

VIII - a vinculação de recursos à manutenção e desenvolvimento do ensino estabelecida no art. 212 da Constituição Federal suportará, no máximo, 30% (trinta por cento) da complementação da União, considerando-se para os fins deste inciso os valores previstos no inciso VII do *caput* deste artigo;

IX - os valores a que se referem as alíneas a, b, e c do inciso

VII do *caput* deste artigo serão atualizados, anualmente, a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, de forma a preservar, em caráter permanente, o valor real da complementação da União;

X - aplica-se à complementação da União o disposto no art. 160 da Constituição Federal;

XI - o não-cumprimento do disposto nos incisos V e VII do *caput* deste artigo importará crime de responsabilidade da autoridade competente;

XII - proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) de cada Fundo referido no inciso I do *caput* deste artigo será destinada ao pagamento dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão assegurar, no financiamento da educação básica, a melhoria da qualidade de ensino, de forma a garantir padrão mínimo definido nacionalmente.

§ 2º O valor por aluno do ensino fundamental, no Fundo de cada Estado e do Distrito Federal, não poderá ser inferior ao praticado no âmbito do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, no ano anterior à vigência desta Emenda Constitucional.

§ 3º O valor anual mínimo por aluno do ensino fundamental, no âmbito do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, não poderá ser inferior ao valor mínimo fixado nacionalmente no ano anterior ao da vigência desta Emenda Constitucional.

§ 4º Para efeito de distribuição de recursos dos Fundos a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo, levar-se-á em conta a totalidade das matrículas no ensino fundamental e considerar-se-á para a educação infantil, para o ensino médio e para a educação de jovens e adultos 1/3 (um terço) das matrículas no primeiro ano, 2/3 (dois terços) no segundo ano e sua totalidade a partir do terceiro ano.

§ 5º A porcentagem dos recursos de constituição dos Fundos, conforme o inciso II do *caput* deste artigo, será alcançada gradativamente nos primeiros 3 (três) anos de vigência dos Fundos, da seguinte forma:

I - no caso dos impostos e transferências constantes do inciso II do *caput* do art. 155; do inciso IV do *caput* do art. 158; e das alíneas a e b do inciso I e do inciso II do *caput* do art. 159 da Constituição Federal:

- a) 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento), no primeiro ano;
- b) 18,33% (dezoito inteiros e trinta e três centésimos por cento), no segundo ano;
- c) 20% (vinte por cento), a partir do terceiro ano;

II - no caso dos impostos e transferências constantes dos incisos I e III do *caput* do art. 155; do inciso II do *caput* do art. 157; e dos incisos II e III do *caput* do art. 158 da Constituição Federal:

- a) 6,66% (seis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento), no primeiro ano;
- b) 13,33% (treze inteiros e trinta e três centésimos por cento), no segundo ano;
- c) 20% (vinte por cento), a partir do terceiro ano."(NR)

§ 6º (Revogado).

§ 7º (Revogado).



45. Com efeito, fica evidente que a partir da implementação do novo fundo constitucional voltado para a Educação básica (FUNDEB), os recursos destinados aos fundos sofrerão aporte de recursos dos três entes federais. A União, portanto, destinará seus recursos para a concreção das políticas públicas do FUNDEB.

46. A Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, no seu artigo 26, determinou que a fiscalização e o controle dos recursos destinados ao FUNDEB devem se dar em relação à aplicação da totalidade dos recursos dos fundos, que serão exercidos: “I - pelo órgão de controle interno no âmbito da União e pelos órgãos de controle interno no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - pelos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, junto aos respectivos entes governamentais sob suas jurisdições; III - pelo Tribunal de Contas da União, no que tange às atribuições a cargo dos órgãos federais, especialmente em relação à complementação da União”. Com base na dicção do dispositivo legal acima citado, defende a Procuradoria-Geral da União (fls. 146/147) que a competência da Corte de Contas da União ficará restrita apenas e tão-somente a existência ou não exata complementação, não se estendendo, pois, a fiscalização da aplicação.

47. Data vênua, não se pode concordar com o entendimento expressado, porquanto não pode a fiscalização e o controle dos recursos da União ficar adstrito, no caso de existir complementação de recursos, somente na averiguação da existência ou não do repasse. Ora, não se pode olvidar que na espécie do FUNDEF e do FUNDEB os recursos têm destino certo e sua aplicação está definida nos exatos termos consagrados pelo Texto Supremo e da lei, porém, os recursos destinados pela União não perdem sua natureza de recursos federais, ficando, pois, sujeitos à fiscalização concorrente da Corte de Contas da União (art. 71, incs. II e IV, da Constituição Federal), notadamente quando a nova lei de regência (Lei nº 11.494, de 2006) determina a fiscalização da totalidade dos recursos do fundo indistintamente entre os órgãos de controle.

48. Há, entretanto, que se esclarecer que os recursos de complementação repassados pela União no caso do FUNDEB não são repassados aos cofres do FNDE.

49. Assim, aliados aos argumentos expostos acima em relação ao FUNDEF, para que possa tornar efetivo o exercício do controle da aplicação desses recursos, certamente, devem ser disponibilizados os meios necessários para alcançá-lo¹², o que implica dizer na possibilidade de fiscalizar – de modo amplo, incluindo a aplicação do recurso – e tornar efetiva a recomposição do fundo público, inclusive, mediante a propositura da competente ação. Trata-se dos chamados *poderes implícitos*, amplamente reconhecidos pela Excelsa Corte, porquanto “a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) - enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos”.¹³

¹² Quando a lei faculta, ou prescreve um fim, presumem-se autorizados os meios necessários para o conseguir, contanto que sejam justos e honestos. O mesmo acontece quando outorga um direito, investe de certa autoridade, ou impõe um dever: implicitamente permite, ou assegura os elementos indispensáveis para corresponder ao objetivo da norma. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 214.

¹³ MS 26547/DF; Relator: Min. Celso de Mello; DJU de 29.5.2007 – transcrito no Informativo nº 468/STF.

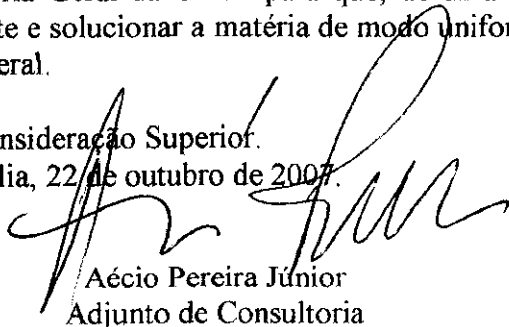
VIII

50. Destarte, entende-se que mesmo em se tratando de recursos da União com destinação certa e finalidade vinculada, como é o caso dos recursos que complementaram os fundos instituídos pelas EC nº 14, de 1996, e EC nº 53, de 2006, a União e, também, o FNDE, desde que os recursos para tal finalidade sejam alocados no orçamento da Autarquia Federal, têm legitimidade para promover as competentes ações visando a recomposição dos valores malversados em sua integralidade, que serão revertidas ao fundo lesado.

51. Em conclusão: a) não há legitimidade ou interesse da União ou do FNDE para a propositura de demanda judicial ou a intervenção nas causas que envolvem o FUNDEF em que não há complementação de recursos à conta do Orçamento Federal; b) o FNDE tem legitimidade e interesse para ingressar em juízo como parte, ou intervir em ações em andamento, em que se busca o ressarcimento de valores malversados destinados ao FUNDEF ou FUNDEB, quando há complementação de recursos à conta do Orçamento Federal, alocados no Orçamento da Autarquia, mesmo que os recursos devam ser destinados posteriormente à conta do fundo lesado; e c) os acórdãos condenatórios oriundos do Tribunal de Contas da União, com força de título executivo, determinando a devolução de recursos originariamente destinados ao FUNDEF ou ao FUNDEB em face da conduta lesiva do agente público municipal, quando há complementação por intermédio de recursos federais devem ser executados pela União, salvo se os recursos federais forem alocados no Orçamento do FNDE, hipótese em que podem ser executados pela referida Autarquia.

51. Destarte, dada a controvérsia que se instalou em torno da questão, e conforme ajuste entabulado entre os dirigentes da Procuradoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, à guisa de conclusão, sugere-se o encaminhamento dos presentes autos à Consultoria Geral da União para que, de uma vez por todas, possa apreciar a questão em debate e solucionar a matéria de modo uniforme no seio de toda a Administração Pública Federal.

À Consideração Superior.
Brasília, 22 de outubro de 2007.



Aécio Pereira Júnior
Adjunto de Consultoria