

ofensa ao princípio da proporcionalidade; e c) a Lei 9.536/97 deve ser interpretada conforme a Constituição, excluindo-se a interpretação segundo a qual a congeneridade não prevalece em relação aos servidores militares e seus dependentes.

Notas:

¹ *Diário Oficial da União* de 15/09/04, Seção 1, p. 7.

² *Jornal Folha de São Paulo* de 18/09/04, caderno Cotidiano, p. C7.

³ Conforme notícia colhida no sítio da internet *folha.com.br* de 24/09/04.

⁴ RESP 400057/ PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 08/10/02, DJ de 04/11/02, p. 189.

⁵ Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 3ª Seção, j. 11/05/04, DJ 2 de 30/06/04.

⁶ Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: 1992, Forense, 12ª edição, p. 232.

⁷ Ob. cit., p. 225.

⁸ Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: 1998, Saraiva, 8º v., p. 432.

⁹ *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 246.

¹⁰ Ob. cit., p. 251.

¹¹ Ob. cit., p. 248.

Fundef: Aspectos Legais e Jurisprudenciais

Eduardo Henrique Lauar Filho*

1. Ensino fundamental na Constituição Federal

Em setembro de 1996, foi promulgada a Emenda Constitucional – EC 14/96, que, além de alterar dispositivos constitucionais referentes à educação (v. g., arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal – CF), deu nova redação, ainda atual, ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

As disposições do referido art. 60 do ADCT destinam-se, especificamente, “à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental” (“obrigatório” e “gratuito”, nos termos do inciso I do art. 208, CF), tendo como objetivo “assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério”.

Para tanto, nos dez primeiros anos seguintes à promulgação da EC 14/96, “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de 60% (sessenta

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Advogado da União em Minas Gerais.

por cento) dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental”. O caput do art. 212 da Constituição, vale lembrar, exige que Estados, Distrito Federal e Municípios apliquem no ensino, anualmente, o mínimo de 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências.

Tem-se, assim, que até o ano de 2006, Estados, Distrito Federal e Municípios devem destinar, no mínimo, especificamente ao ensino fundamental, 60% dos recursos que devem, obrigatória e anualmente, aplicar na educação.

Já a União, pela EC 14/96, deve destinar ao ensino fundamental, no mínimo, “trinta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal”. Ou seja, dos recursos que a União deve necessariamente aplicar no ensino, equivalentes, no mínimo, a 18% de sua receita anual resultante dos impostos (art. 212, CF), 30% devem ser destinados, especificamente, ao ensino fundamental.

2. O Fundef na Carta Federal

Prevista, outrossim, no § 1º do art. 60 do ADCT, 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”, ou simplesmente Fundef, ao qual se destina, nos termos do mesmo dispositivo, parte dos recursos a serem aplicados por Estados, Municípios e Distrito Federal, no ensino fundamental.

Tal Fundo, ainda nos termos do § 1º do art. 60 do ADCT, e tendo em vista a necessidade de colaboração entre os sistemas de ensino dos entes federativos (art. 211, CF), foi concebido como um *instrumento* mediante o qual assegurar-se-ia “a distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estados e seus Municípios”.

O próprio art. 60 do ADCT estabelece, ainda, algumas diretrizes para o Fundef, referentes, por exemplo, à sua natureza contábil (§ 1º), constituição (§ 2º), complementação com recursos da União (§ 3º) e à destinação de recursos (§ 5º). Sem embargo, previsto, no § 7º, que “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”.

3. A legislação infraconstitucional do Fundef

Assim é que, dando cumprimento ao disposto no § 7º do art. 60 do ADCT, foi promulgada, em dezembro de 1996, a Lei 9.424/96, que *dispõe sobre o Fundo*

de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério.

A Lei 9.424/96 instituiu, assim, no âmbito de cada Estado e do DF, o Fundef, prevendo sua implantação, “*automaticamente, a partir de 1º de janeiro de 1998*” (art. 1º), sem embargo da implantação antecipada do Fundo “*mediante lei no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal*” (§ 4º do art. 1º da Lei 9.424/96).

Editado, por sua vez, em 27 de junho de 1997, pela Presidência da República, o Decreto 2.264/97, que regulamenta a Lei 9.424/96 no âmbito federal.

4. Composição do Fundef

Respeitando o disposto no § 2º do art. 60 do ADCT, o § 1º do art. 1º da Lei 9.424/96 disciplinou a *composição* do Fundo, integrado por 15% dos recursos: a) da parcela do ICMS devida ao DF, Estados e Municípios; b) do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e dos Municípios – FPM; c) da parcela do IPI devida aos Estados e DF, na forma do art. 159, II, CF (§ 1º do art. 1º).

Integra, ainda, o Fundef, a complementação da União, devida “*sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente*” (§ 3º do art. 60 do ADCT e art. 1º, § 3º, c/c art. 6º, ambos da Lei 9.424/96).

A parcela referente à complementação da União ao Fundef afigura-se, assim, *condicional*, pois somente existirá se o montante do Fundo, por aluno, não alcançar um mínimo definido nacionalmente. E, segundo jurisprudência abaixo colacionada, *a existência ou não da contrapartida ou complementação da União traz implicações jurídicas* relativas, por exemplo, ao órgão responsável pela fiscalização e tomada da prestação de contas de aplicação dos recursos do Fundo (Tribunal de Contas da União ou Tribunais de Contas estaduais e/ou municipais), bem como implicações referentes à competência para processamento e julgamento de ações judiciais (Justiça Federal X Justiça Estadual).

De registrar, ainda neste ponto, que a Lei 9.424/96 estabeleceu: no primeiro ano de sua vigência, “*o valor mínimo anual por aluno, a que se refere este artigo, será de R\$300,00 (trezentos reais)*” (§ 4º do art. 6º).

5. Movimentação do Fundef: conta bancária única e específica

Do ponto de vista contábil e financeiro, interessa registrar que os governos

estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios deverão providenciar e manter “*contas únicas e específicas*”, vinculadas ao Fundo, instituídas para esse fim e mantidas no *Banco do Brasil* (art. 3º da Lei 9.424/96).

A exigência de contas “*únicas e específicas*” tem por objetivo dissociar os recursos do Fundef dos demais Fundos previstos na Constituição Federal e/ou em legislação infraconstitucional (como os Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios), além de possibilitar um controle mais minucioso e eficiente da aplicação dos respectivos recursos no ensino fundamental.

De ressaltar, outrossim, que os recursos do Fundo, devidos aos Estados, Distrito Federal e Municípios, devem constar de programação específica nos respectivos orçamentos (§ 7º do art. 3º da Lei 9.424/96).

6. Aplicação dos recursos do Fundef

Os recursos do Fundef, como não poderia deixar de ser, “*serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização de seu Magistério*” (art. 2º, Lei 9.424/96).

Do total dos recursos que compõem o Fundo, “*incluída a complementação da União, quando for o caso*”, serão destinados, “*pelo menos, 60% (sessenta por cento) para a remuneração dos profissionais do Magistério, em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental público*” (art. 7º, Lei 9.424/96). De registrar, contudo, que nos primeiros cinco anos contados da publicação da Lei 9.424/96, é permitida a aplicação de parte dessa parcela de 60% “*na capacitação de professores leigos*” (parágrafo único do art. 7º), haja vista a escassez e baixa qualificação do magistério.

Ainda quanto ao magistério, de registrar que a Lei 9.424/96 determina que os Estados, DF e Municípios devem “*dispor de novo plano de carreira e remuneração do magistério*”, com o objetivo de assegurar uma remuneração digna aos professores do ensino fundamental público, o estímulo ao trabalho em sala de aula e, conseqüentemente, a melhoria da qualidade do ensino (art. 9º).

Nesse ponto, de assinalar que o art. 9º da Lei 9.424/96 estipulava um prazo de 6 meses, contados de sua vigência, para a elaboração, pelos Estados, DF e Municípios, dos novos Planos de Carreira e Remuneração do Magistério. Tal disposição, contudo, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal – STF, Rel. *Ministro Octavio Gallotti*, que concedeu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, acórdão cuja ementa se transcreve:

Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Cautelar, em parte, deferida, para suspender

a eficácia das expressões que fixam prazo para o exercício, pelas unidades da Federação, de atos compreendidos em sua competência legislativa (arts. 9º e 10, II, da Lei 9.424, de 24 de dezembro de 1996) (ADIn-MC 1.627-0, j. 30/06/97, DJ 24/10/97).

Em seu voto, o *Ministro Octavio Gallotti* destacou a impossibilidade de lei federal cominar prazo às unidades da Federação para o exercício de competência legislativa concorrente conferida pela Constituição (art. 24, IX, CF): “*Está, o desempenho desse poder pelos Estados e o Distrito Federal, hierarquicamente subordinado ao conteúdo das normas gerais editadas pela União, mas não a limites temporais nelas porventura assinados para a desincumbência, pelos legisladores locais, da sua competência constitucional, que envolve, ademais, na espécie, além da competência concorrente relativa à educação e ao ensino, também a da organização de seu serviço público e a referente ao regime jurídico e à remuneração do pessoal*” (ADIn-MC 1.627-0).

O *Ministro Nelson Jobim*, por sua vez, acompanhando o voto do Relator, ressaltou que a inconstitucional fixação de prazo para a elaboração do Plano de Carreira traria maléficas conseqüências aos entes que porventura não o observassem: “*Não pode, efetivamente, a União fixar um prazo de vigência. Terá conseqüências para os Estados o fato de eles não votarem a lei no sentido da modificação do Plano de Carreira. Discutir-se-á a obrigação da União de complementar o diferencial não alcançado, de trezentos reais, para os Estados que não fizerem esse Plano*” (ADIn-MC 1.627-0).

7. Mecanismos ou instrumentos de controle do Fundef

O acompanhamento e o controle social da aplicação dos recursos do Fundef competem a conselhos, que devem(riam) ser instituídos em cada esfera de governo, no prazo de 180 dias a contar da vigência da Lei 9.424/96 (art. 4º). Não obstante o exíguo prazo assinalado pela lei para a instituição dos conselhos, sabido que inúmeros Municípios ainda sequer os instituíram, ou os instituíram, mas ainda não os têm efetivamente fiscalizando os recursos do Fundo.

A composição desses conselhos, que não têm estrutura administrativa própria, está prevista no § 1º do art. 4º da Lei 9.424/96, em níveis federal, estadual e municipal, sendo que a participação nos referidos Conselhos não assegura ao respectivo membro qualquer espécie de remuneração.

A título de registro, de observar que a recente Lei 10.880/04, ao instituir “*o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar - PNATE e o Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adul-*

tos”, conferiu a referidos conselhos a incumbência de “acompanhar a aplicação dos recursos federais transferidos à conta do Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar - PNATE e do Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos e, ainda, receber e analisar as prestações de contas referentes a esses programas, formulando pareceres conclusivos acerca da aplicação desses recursos e encaminhando-os ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE” (§ 5º do art. 4º da Lei 9.424/96, acrescentado pela Lei 10.880/04).

Para facilitar o controle e fiscalização dos recursos do Fundef, impõe a Lei 9.242/96, não bastassem os diversos dispositivos constitucionais e legais que já asseguram a publicidade dos atos administrativos, que os documentos relativos aos recursos repassados ou recebidos fiquem permanentemente à disposição dos conselhos, *bem como dos demais órgãos federais, estaduais e municipais de controle interno e externo* (art. 5º).

8. Controle exercido pelos Tribunais de Contas: casos práticos

A legislação do Fundef, em conformidade com o disposto no art. 71 da CF, também enaltece o papel dos Tribunais de Contas no controle e fiscalização dos recursos do Fundef, ao estatuir que “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” (art. 11).

Assim é que o Tribunal de Contas da União – TCU vem realizando auditorias junto a prefeituras municipais com o objetivo de fiscalizar a aplicação dos recursos do Fundef transferidos pela União, nos termos do disposto no § 3º do art. 60 do ADCT e art. 1º, § 3º, c/c art. 6º, ambos da Lei 9.424/96.

Interessa ressaltar que *a competência do TCU faz-se presente apenas e tão-somente quando existente a complementação do Fundef com recursos da União*, prevista nos dispositivos citados no parágrafo anterior. Quando ausente aludida complementação, a competência para fiscalização dos recursos do Fundo restringe-se às Cortes de Contas estaduais e/ou municipais e ao respectivo Poder Legislativo (Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas). Nesse sentido, confira-se acórdão do TCU, Rel. *Ministro Benjamin Zymler*: “*embora o Fundef seja composto de várias fontes, cabe ao TCU fiscalizar os recursos transferidos, in casu, pela União em razão de o valor por aluno não alcançar o mínimo defi-*

nido nacionalmente. Como já mencionado, a União transferiu aos cofres do Município de Flores/PE a quantia de R\$61.280,26. Dessa forma, ao TCU compete fiscalizar a regular aplicação desses recursos, ou seja, se eles foram aplicados no desenvolvimento do ensino fundamental, motivo por que passo a analisar as irregularidades verificadas pela Unidade Técnica. (...) No que tange ao pagamento da remuneração dos meses de novembro, dezembro e 13º salário do ano de 2000, entendo que não cabe ao TCU fiscalizá-los, pois nesse período não houve complementação da União, conforme tabela mencionada no início deste voto. Repiso que ao TCU compete fiscalizar os recursos referentes ao Fundef, transferidos aos entes da Federação pela União em complemento, sempre que o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. No entanto, deve ser encaminhada cópia da decisão que vier a ser adotada, bem como do relatório e voto que a fundamentaram, à Câmara Legislativa do Município de Flores e ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, para adoção das medidas julgadas pertinentes” (Acórdão TCU 91/02, Plenário, Proc. 5.489/2001-0, j. em 27/03/02).

Interessante ressaltar que, nos autos da supracitada auditoria, o TCU, sob alegação de economia processual e invocando o disposto na Decisão Normativa 43/TCU/03, deixou de instaurar tomada de contas especial, consoante se extrai do voto do *Ministro Benjamin Zymler*: “Das irregularidades remanescentes (referentes à aplicação indevida de recursos do Fundef), verifica-se que somam (valores originais) R\$2.317,92, referentes a gastos com material de expediente para outras secretarias do Município (R\$1.123,80) e a pagamentos de diárias não justificadas como sendo em prol do desenvolvimento do ensino fundamental (R\$1.194,12). Ocorre que a Decisão Normativa 43/TCU/01 fixou em R\$15.000,00 (quinze mil reais) o valor a partir do qual a tomada de contas especial será encaminhada ao Tribunal. Dessa forma, deixo de determinar a instauração de tomada de contas especial por economia processual” (Acórdão TCU 91/02).

Não obstante a não-instauração de tomada de contas especial, aplicou o TCU, no caso em questão, multa ao gestor público municipal, a saber, o Prefeito Municipal de Flores/PE: “Uma vez que o responsável não conseguiu afastar todas as irregularidades verificadas pela Unidade Técnica, deve ser aplicada ao Sr. Gilmar de Queiroz a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92, c/c o art. 2º da Instrução Normativa 36/TCU/00” (Acórdão TCU 91/02).

Ainda do supracitado acórdão do TCU, extraem-se diversas determinações ao Município então auditado, de natureza contábil, com a finalidade de possibilitar e aprimorar o controle e fiscalização da aplicação dos recursos do Fundef, tais como: a) implantação de sistema de arquivo para organizar a documentação relativa às aplicações do Fundef; b) discriminação, dentre os recursos do Fundef, das despesas com magistério e com a manutenção do ensino fundamental; c)

adequado preenchimento de notas de empenho, com especificação das despesas quando pagas com recursos do Fundef; d) movimentação dos recursos do Fundef em conta específica, dissociada dos recursos de outras contas, como do FPM; e) separação da folha de pagamento do magistério em efetivo exercício no ensino fundamental dos demais servidores da Secretaria Municipal de Educação.

Em outra oportunidade, o TCU deliberou pela instauração da chamada tomada de contas especial, após detectar, em auditoria realizada no Município de Capim Grosso/BA, irregularidades na aplicação dos recursos do Fundef. Interessante registrar que, nesse caso, o TCU, Rel. *Ministro Márcio Bemquerer*, determinou a citação da própria municipalidade, pessoa jurídica de direito público, para comparecer aos autos e aduzir o que entendesse pertinente, vislumbrando suposta *solidariedade entre o gestor dos recursos e a pessoa jurídica de direito público interno*, ao argumento de que os recursos teriam sido depositados em favor desta última:

Considerando ainda o fato de os recursos, a título de complementação da União de que trata o art. 6º da Lei 9.424/96, terem sido creditados na conta bancária mantida em nome da Prefeitura Municipal de Capim Grosso/BA, sob o número 58.029-5, agência 3046-5 do Banco do Brasil S.A., conforme atestam cópias de extratos bancários de fls. 214/238, penso que a citação do responsável há de ser de forma solidária com o Município de Capim Grosso/BA, porquanto os recursos foram depositados a favor da municipalidade, devendo, assim, o referido Município, solidariamente com o Sr. Antônio Adilson Freitas Pinheiro, demonstrar sua correta aplicação na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização de seu Magistério (Decisão TCU 343/02, 1ª Câmara, Proc. 15.315/2001-4, j. 13/08/02).

Ainda do supracitado acórdão, interessante conferir a determinação do TCU para que o Município passasse a utilizar um computador adquirido com recursos do Fundef (*que até então não estava sendo utilizado em atividade vinculada ao ensino fundamental*), em atividade vinculada à manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental: “...*determinar à Prefeitura Municipal de Capim Grosso/BA a adoção das seguintes medidas saneadoras das irregularidades detectadas na gestão municipal do Fundef: (...) 8.2.4 – utilize o equipamento CPU K 6 II 500 MHZ nas atividades vinculadas à manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, nos termos do art. 70, inciso II, da Lei 9.394/96 e do art. 2º da Lei 9.424/96*” (Decisão TCU 343/02).

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG, por sua vez, também vem fiscalizando a aplicação dos recursos do Fundef, analisando e glossando contas e gastos de diversos municípios mineiros, e externando seu entendimento a respeito da matéria, por exemplo, em consultas que lhe são endereçadas pelos gestores públicos municipais.

Exemplificando, para o TCE/MG, a aquisição de *uniformes* para alunos do ensino fundamental da rede municipal, porque não teria *destinação coletiva*, não pode(ria) ser custeada com recursos do Fundef, ao contrário da *aquisição e manutenção de veículos escolares para o transporte desses alunos*, gastos estes que podem ser acobertados com recursos do Fundo. Nesse sentido, confira-se excerto de consulta relatada pelo *Cons. Simão Pedro Toledo*: “*não podem ser alocadas na Função 8, referente à manutenção e desenvolvimento do ensino, as despesas com aquisição de uniformes, por não ter destinação coletiva, como ocorre com os livros, por exemplo.*”

Nesse aspecto, se adquiridos os uniformes com os recursos do ensino ou do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério (Fundef), os quais, diga-se de passagem, são, essencialmente, de uso individual, caracterizada estaria a assistência social, cujo programa é financiado com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários, conforme art. 212, § 4º, da Constituição Federal; tudo, em consonância com o estabelecido no art. 6º, inciso IV, da Instrução 2.

Por sua vez, a aquisição de veículos escolares para o transporte de alunos do ensino fundamental exclusivamente da rede municipal na zona rural, bem como a manutenção desses veículos com combustível, óleos lubrificantes, consertos, revisões, reposição de peças, serviços mecânicos, é considerada, no âmbito do Município, despesa na manutenção e desenvolvimento do ensino, como previsto no art. 70, VIII, da Lei 9.394/96, reproduzido na parte final do art. 5º, inciso IX, da Instrução (Consulta 655.694, sessão de 27/02/02).

Em outra oportunidade, o TCE/MG repeliu a possibilidade de *compensação* ou aplicação, no exercício seguinte, de *saldo remanescente* de recursos do Fundef. Confira-se, a respeito, decisão do *Cons. Elmo Braz*:

Quanto ao mérito, voto no sentido de serem encaminhadas ao consulente cópias das notas taquigráficas que contêm os pareceres desta Corte emitidos nas Consultas retromencionadas, de números 486.301 e 646.818, nos quais este Plenário esclareceu que os recursos do Fundef deverão ser aplicados em sua totalidade na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério, sendo que, obrigatoriamente, 60% (sessenta por cento) com o pagamento dos professores em efetivo exercício do magistério, nos termos da legislação específica – Lei 9.424/96, vedada a compensação, no exercício seguinte, da diferença porventura existente pela inaplicabilidade daqueles recursos (Consulta 657.557/Rodeiro, sessão 04/12/02).

9. Precedentes jurisprudenciais

9.1. Constitucionalidade do Fundef (constitucionalidade da EC 14/96)

O STF já teve oportunidade de assentar a constitucionalidade da EC 14/96, pontificando sua conformidade para com o princípio constitucional da autonomia municipal e da forma federativa de Estado, não conhecendo, por maioria de votos, de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a EC 14/96, vencidos o *Ministro Octavio Gallotti*, *Ministro Ilmar Galvão* e *Ministro Néri da Silveira* (ADIn 1.749-5/DF, Rel. Ministro Nelson Jobim).

Embora a decisão definitiva ainda não tenha sido publicada, quando da apreciação e indeferimento da medida cautelar requerida na referida ADIn 1.749-5/DF, o então Rel. Ministro Octavio Gallotti já pontificara:

Nítida e acentuadamente evoluiu, a nossa Federação, do dualismo clássico de 1981, para o tipo solidário ou cooperativo que ostenta hoje, e de que são elementos característicos (no que interessa à tese proposta pelos autores), tanto o próprio sistema de transferências tributárias, adotado a partir da Emenda 18, de 1965, à Constituição de 1946, como o significativo postulado da colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios na organização de seus sistemas de ensino, reveladoramente inscrito no art. 211 do texto original de 1988.

Não vejo como se possa, dentro desse quadro constitucional reputar hostil, à forma federativa de Estado, a simples redistribuição de receitas e encargos, fixada para dez anos, pelo Ato das Disposições Transitórias de 1988, a fim de passar, agora, a vigorar no decênio que principia com a promulgação da Emenda 14, de 1996 (voto liminar na ADIn 1.749-5/DF, em 18/12/97, DJ de 24/10/03).

Também o *Ministro Nelson Jobim* afastou a então alegada “*lesão ao pacto federativo. Há meramente uma organização e o privilegiamento a necessários investimentos no ensino fundamental*” (voto liminar na ADIn 1.749-5/DF).

De outra feita, apreciando agravo regimental, o Pleno do STF, Rel. Ministro Marco Aurélio, tornou a pontificar:

Ação cautelar. Liminar. Fundef. Repasse. Emenda Constitucional 14/96. Havendo decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional 14, de 12 de dezembro de 1996, impõe-se a suspensão de liminar deferida com base em premissa contrária a esse entendimento. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.749-5/DF: Liminar indeferida, por insuficiência de relevo jurídico da assertiva de que, ao redistribuir receitas e encargos referentes ao ensino, estaria a promulgação da Emenda Constitucional 14/96 (nova redação do art. 60 do ADCT) a contrariar a autonomia municipal e, conseqüentemente, a forma federativa de Estado (art. 60, I, da Constituição) (AgRg na Pet. 2.316/SP).

Nesse mesmo sentido, do Tribunal Regional Federal – TRF da 4ª Região,

Rel. Juiz Vilson Darós, decisão referindo-se à constitucionalidade da EC 14/96 e, conseqüentemente, do Fundef:

Tutela antecipada. Requisitos. Alegação de inconstitucionalidade, Emenda Constitucional 14, Lei 9.424. Fundef. ADIn's 1.749-5, 1.967-8. Constitucionalidade. Inviável a antecipação de tutela visando à suspensão da exigibilidade da contribuição e de recursos de Municípios ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental – Fundef –, com determinação de que os recursos do Município, recambiados para o Fundo, sejam-lhe repassados na totalidade, com base na inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 14/96 e da Lei 9.424/96, uma vez que as disposições legais suscitadas foram motivo de questionamento na Suprema Corte e não conhecidas, por maioria, estando, portanto, tais comandos revestidos de presunção de juridicidade, validade e vigência, não configurando o *fumus boni iuris* da concessão (AG 55.990/SC, 2ª Turma, j. 03/08/00, DJ 17/01/01, p. 148).

9.2. Competência para julgamento de ações relativas ao Fundo

À semelhança do que se viu quanto à distribuição de competência entre o TCU e Tribunais de Contas estaduais e municipais, *cumpra distinguir, para fins de fixação da competência para processamento e julgamento de ações relativas à aplicação ou desvio de recursos do Fundef, se composto ou não o Fundo por recursos provenientes do governo federal.* Ou seja, necessário verificar se existente ou não a complementação da União prevista no § 3º do art. 60 do ADCT e art. 1º, § 3º, e art. 6º, ambos da Lei 9.424/96.

Se houver a complementação federal, os Tribunais pátrios, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça – STJ, têm pontificado a competência da Justiça Federal, por vislumbrar interesse da União (art. 109, I e IV, CF).

Nesse sentido, do STF, acórdão da lavra da *Ministra Ellen Gracie*:

Habeas Corpus. Crime previsto no art. 2º, I, do Decreto-Lei 201/67. Prefeito municipal. Fraude em licitações. Desvio de verbas provenientes do Fundef, do FNDE e do FPM. Art. 71, VI, da CF. Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV, da CF). Havendo concurso de infrações, essa competência também alcança os outros crimes. Precedentes citados: HHCC 68.399, 74.788 e 78.728. Habeas corpus *deferido parcialmente* (HC 80.867/PI, j. 18/12/01, 1ª Turma, DJ 12/04/02, p. 53).

Farta, por sua vez, a jurisprudência do STJ, cuja Súmula 208, inclusive, dispõe competir “à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio

de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”. Confirma-se decisão da 6ª Turma daquela Corte, Rel. *Ministro Vicente Leal*:

Constitucional. Penal. Habeas corpus. Prefeito Municipal. Crime Funcional. Desvio de verbas do Fundef. Competência. Súmula 208/STJ. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o pensamento jurisprudencial afirmativo da tese de que compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal (Súmula 208). Compreende-se no conceito de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal’ as receitas do Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef –, porque sujeitas tais verbas ao controle do Tribunal de Contas da União. Dentro dessa visão exegética, impõe o reconhecimento da competência da Justiça Federal de Segundo Grau para processar e julgar prefeitos acusados de desvio de verbas do Fundef. *Habeas corpus* concedido (HC 13.512/CE, j. 08/08/00, 6ª Turma, DJ 28/08/00, p. 136).

Outro não é o entendimento da 5ª Turma do STJ, Rel. *Ministro Gilson Dipp*:

Criminal. HC. Prefeito. Malversação de verbas públicas oriundas do Fundef. Controle pelo Tribunal de Contas da União. Incompetência absoluta da Corte estadual. Nulidade do processo ab initio. Competência da Justiça Federal. Súm. 208/STJ. Ordem concedida. Tratando-se de prefeito que pratica, em tese, crime de desvio de verbas oriundas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – Fundef, sujeitas ao controle pelo Tribunal de Contas da União, sobressai a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito. Incidência da Súm. 208 desta Corte. Ordem concedida para anular o processo *ab initio*, em razão da incompetência absoluta do e. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, determinando-se a remessa dos autos ao e. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (HC 13.942/CE, j. 05/04/01, 5ª Turma, DJ 04/06/01, p. 195).

Ainda na seara criminal, *mas desta vez pontificando a competência da Justiça Estadual caso o Fundef não seja integrado por recursos federais*, precedente do STJ, Rel. *Ministro Felix Fischer*, onde bem colocada a questão:

Processo Penal. Conflito de competência. Ex-prefeito. Desvio de verbas provenientes do Fundef. Tendo em vista que os recursos repassados ao Fundef, objeto de desvio por parte do ex-prefeito e servidores, advieram, tão-somente, de verbas provenientes dos governos estaduais e municipais, resta afastada a competência da Justiça Federal para o julgamento do feito, haja vista a inexistência de prejuízo em detrimento de bens, serviços ou interesses da União. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Comarca de Araruama (RJ), ora suscitante (CC 37.476/RJ, j. 28/05/03, Terceira Seção, DJ 30/06/03, p. 129).

Esse mesmo entendimento já havia sido pontificado pelo TRF da 4ª Região, Rel. *Juiz Volkmer de Castilho*, em declinando competência para processar e julgar

ação penal relativa ao Fundef, ausente, no caso, complementação da União:

Inquérito policial. Prefeito. Art. 1º, III, do DL 201/67. Fundef. Caso em que ausente a complementação federal prevista no art. 60, § 2º, do ADCT. Ausência de recursos da União. Prestação de contas perante o TCE. Competência da Justiça Estadual. (...)

Caso em que, no período investigado, o ensino fundamental no que se refere ao Fundef, somente foi custeado com verbas estaduais e municipais, motivos pelo qual não ocorreu prestação de contas à União, e sim ao Tribunal de Contas do Estado.

Inexistindo o repasse de recursos federais, a título de complementação do Fundef, a justificar a prestação de contas perante órgão federal (TCU), não há falar em atribuição de competência à Justiça Federal.

Questão de ordem que se resolve no sentido de declinar a competência e determinar a remessa dos autos ao Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Questão de Ordem no Inquérito 336/RS, 4ª Turma, j. 19/02/03, DJ 05/03/03, p. 75).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, por sua vez, vem recebendo denúncias formuladas contra prefeitos municipais por malversação de recursos do Fundef. Da Corte Mineira, *embora não esclarecendo se existente ou não, no caso concreto, a complementação do Fundo com recursos da União, vale a pena colacionar acórdão da lavra do Des. Luiz Carlos Biasutti, assim ementado:*

Processo crime de competência originária. Prefeito municipal. Desvio de verba do Fundef e de recurso de dotação orçamentária específica para aquisição de cestas de natal destinadas a servidores municipais. Caracterização, em tese, do crime de responsabilidade previsto no art. 1º, III, do Decreto-Lei 201/67. Denúncia. Recebimento (Processo-Crime de Competência Originária – PCO 242.566-8/Nova Lima, 1ª Câmara Criminal, j. 10/12/02).

Ainda da Corte Mineira, decisão nos autos do PCO 252.258-9/Itambacuri, Rel. Des. Herculano Rodrigues, julgamento em 06/03/03, em que declinada, por maioria, a competência para o TRF da 1ª Região, para o processamento e julgamento de ação criminal ajuizada contra o Prefeito Municipal de Nova Módica por suposta utilização ilícita de recursos do Fundef.

O mesmo entendimento exposto nos parágrafos anteriores, referente à competência para processamento e julgamento de ação criminal por desvio de recursos do Fundef, aplica-se à *esfera cível*: havendo repasses complementares da União ao Fundef, a competência para processamento e julgamento, por exemplo, de ação civil pública ajuizada com objetivo de apurar e punir desvio de recursos do Fundo, será da Justiça Federal. Nesse sentido, do STJ, Rel. *Ministro Franciulli Netto*:

Conflito negativo de competência. Ação civil pública movida pelo Parquet estadual. Desvio de recursos do Fundef. Interesse da União. Com-

petência da Justiça Federal. (...)

Se a União exerce “em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades e padrão mínimo de qualidade de ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” (art. 211 da Constituição Federal) e repassa parte de seus recursos aos Municípios, para que estes implementem suas políticas públicas de educação, a malversação desse dinheiro atinge, certamente, o Poder Público Federal.

“O fato de a verba ser proveniente da União, somada à previsão contida no art. 71, VI, da CF, de que qualquer recurso repassado por ela sujeita-se à fiscalização do TCU, (...), é suficiente para evidenciar que o interesse da União ou da entidade a ela vinculada fica agregado ao recurso repassado, pois sua aplicação permanece a mercê da fiscalização do Tribunal de Contas da União” (STF, HC 80.867/Pi, Rel. Ministra Ellen Gracie, *DJ* de 12/04/02).

Conflito de competência conhecido para declarar competência do Juízo Federal da 3ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado da Bahia (CC 36.305/BA, *DJ* 28/04/03, p. 168).

9.3. Bloqueio dos recursos do Fundef: impossibilidade

Interessante registrar que o TJMG, Rel. Des. *Pinheiro Lago*, já teve oportunidade de analisar e rechaçar hipótese de bloqueio judicial de recursos do Fundef, em que se pretendia a garantia do pagamento de vencimentos atrasados do magistério municipal: “*Agravo. Fundef. Fundo de Manutenção e Desenvolvimento de Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Bloqueio. Impossibilidade*” (AG 231.861-6/Monte Azul, j. 18/06/02).

Em seu voto, o Des. *Pinheiro Lago* pontificou: “*a verba do Fundef é verba carimbada, que não pode ter sua destinação desvinculada. Além disso, o art. 160 da Constituição Federal veda retenção dos recursos atribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ‘neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos’. (...) Ademais, os recursos públicos constituem os meios imprescindíveis para a sobrevivência do Estado, e a sua disponibilidade é requisito essencial da viabilização de sua atividade, inserto entre os pilares de seu organismo*” (AG 231.861-6/Monte Azul).

9.4. Ação judicial de prestação de contas do Fundef

O TJMG, Rel. Des. *Abreu Leite*, também já decidiu pelo descabimento de ação de prestação de contas de recursos do Fundef, ajuizada por município contra ex-prefeito: “*Administrativo. Prestação de contas à Secretaria Estadual de Educação (Fundef) do destino dos recursos repassados. Obrigação da municipalidade através da prefeitura atual e não do ex-prefeito municipal*” (AC 251.023-8/São Gotardo, j. 13/08/02).

Para o TJMG, ao município ou ao atual prefeito competiria, apenas, comunicar aos órgãos responsáveis pela fiscalização do Fundef (Câmara Municipal e Tribunal de Contas) o cometimento de irregularidades por seu antecessor. Nesse sentido, o voto do *Des. Abreu Leite*: “*Assim, como bem consignou o douto sentenciante, ‘ao atual prefeito municipal, ciente da irregularidade que alega existir, competia a comunicação à Câmara Municipal e ao Tribunal de Contas’ para que estes, como partes legítimas, pudessem tomar as providências cabíveis*” (AC 251.023-8/São Gotardo).

De registrar que, no precedente supracitado, restou vencido o *Des. Brandão Teixeira*, para quem o ex-prefeito seria “*parte legítima para responder pela presente prestação de contas*” (AC 251.023-8/São Gotardo).

De toda forma, é claro que o Município, enquanto pessoa jurídica de direito público interno, detém legitimidade para ajuizar ação civil pública para ressarcimento dos prejuízos causados por ex-prefeito por desvio ou malversação de recursos do Fundef (art. 5º, 17 da Lei 8.429/92).

10. Considerações finais

Os dispositivos constitucionais e legais que instituíram e regulamentaram o Fundef traduzem a preocupação do legislador com o ensino fundamental, de imensa importância para a instrução mínima e educação da população brasileira.

E, como não poderia deixar de ser, a observância das normas constitucionais e legais referentes ao Fundef não isentam os Estados, o Distrito Federal e os Municípios da obrigatoriedade de aplicar, anualmente, na manutenção e desenvolvimento do ensino, o mínimo constitucional, na forma prevista no art. 212 da Constituição (art. 8º da Lei 9.424/96). Curioso é que o referido art. 8º da Lei 9.424/96 não menciona a União, como se apenas Estados, DF e Municípios não estivessem isentos da obrigação determinada pelo art. 212 da Constituição. Contudo até mesmo desnecessária a referência aos Estados, DF e Municípios, pois legislação infraconstitucional não possui o condão de isentar obrigação constitucional.

Por sua vez, a análise de decisões dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário a respeito do gerenciamento e aplicação dos recursos do Fundef revela que algumas questões a respeito da matéria, como a competência para fiscalização e controle da aplicação dos recursos do Fundo, bem como para o processamento e julgamento de ações judiciais relativas ao Fundef, vêm se pacificando na jurisprudência dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário.

Outras, no entanto, como a questão referente à destinação dos recursos, haja vista, sobretudo, a abrangência da expressão *manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e valorização do magistério*, têm desencadeado entendimen-

tos divergentes entre os Tribunais de Contas e os Tribunais judiciários.

Aos gestores dos recursos do Fundo, no entanto, é recomendada a adoção, regra geral, das orientações das Cortes de Contas, pena de se verem multados pelos Tribunais de Contas, não se olvidando que a palavra final, a respeito das questões e dúvidas surgidas no decorrer da aplicação e prestação de contas do Fundef, será sempre do Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Tópicos Jurídicos

Apontamentos sobre o Processo Disciplinar na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB

Celso Augusto Coccaro Filho*

As questões relativas ao processo destinado à aplicação de infrações e aplicação de sanções disciplinares aos advogados, a princípio de rara incidência nos Exames de Ordem, têm se tornado freqüentes.

No último Exame (124º) realizado pelo Conselho Seccional de São Paulo, 5, entre 10 questões, abordaram a matéria o que recomenda o delineamento dos seguintes apontamentos:

1. O processo disciplinar é objeto do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), do Código de Ética e Disciplina, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e a OAB, de Provimentos do Conselho Federal e dos Conselhos Seccionais e dos Regimentos Internos dos Tribunais de Ética.

O candidato ao Exame de Ordem não deve restringir seu estudo ao Estatuto, induzido pela idéia de que aquele diploma concentra normas principais ou gerais, de forma suficiente e exauriente. Questões procedimentais relevantes são tratadas pelo Código de Ética; o Regulamento Geral se aprofunda nas notificações e nos recursos, pouco abordados nos outros diplomas.

2. Prevê o Estatuto, no art. 68, a aplicação subsidiária, ao processo disciplinar, das normas da legislação processual penal.

As normas relativas a procedimentos administrativos e da legislação processual civil, nessa ordem, são subsidiariamente aplicadas aos *demais processos pre-*

* Juiz relator do Tribunal de Ética IV do Conselho Seccional da OAB de São Paulo e professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ).