

FUNDEF E REPASSES TARDIOS AOS MUNICÍPIOS DECORRENTES DE DECISÃO JUDICIAL. A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL

*FUNDEF AND LATE PASSES TO MUNICIPALITIES ARISING FROM A
JUDICIAL DECISION. THE CONSTITUTIONAL EARMARKING BUDGET
ISSUE*

Eduardo Rocha Dias¹

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR,
Fortaleza/CE, Brasil)

Othoniel Alves de Oliveira²

Mestrando em Direito Constitucional (UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; direito financeiro; direitos fundamentais.

RESUMO: Trata o presente artigo de análise da aplicação dos recursos do Fundef repassados pelo Governo Federal por meio de transferências tardias de recursos em razão de decisão judicial aos Municípios. Traz como objetivo geral discutir como deve ocorrer a aplicação destes recursos,

haja vista a celeuma levantada pelos gestores municipais de que, por se tratar de recursos pagos anos depois da extinção do fundo, assim como por ter ocorrido o surgimento de novo fundo que abarca agora um espectro maior de financiamento educacional (Fundeb), teriam perdido a natureza vinculada prevista em suas normas de origem e se transmutado para natureza indenizatória, o que justificaria sua

¹ Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (Fortaleza/CE, Brasil) (Unifor). Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Procurador Federal - categoria especial - da Advocacia-Geral da União. *E-mail:* eduardodias@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9095931754606099>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>.

² Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2008). Graduado em Pedagogia pela Universidade Estadual do Ceará (2006). Agente Político do Ministério Público do Estado do Ceará. *E-mail:* otho.oliveira@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1016841781800759>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6020-2531>.

utilização para custeio de qualquer tipo de despesa pública. Para além dessa discussão, também é abordada a questão envolvendo a contratação de advogados privados para ingressar com as ações, assim como se eles poderiam ser pagos com recursos advindos dessas transferências tardias do Fundef. O trabalho traz em sua primeira parte o histórico do financiamento da educação fundamental no País. Em um segundo momento, abordou-se o ponto da vinculação constitucional e legal dos recursos no âmbito do Fundef, esclarecendo e aprofundando o tema no que diz respeito a essa vinculação. Na terceira parte do trabalho, analisou-se a questão dos recursos repassados de forma tardia pelo Governo Federal aos Municípios em razão de decisões judiciais relativos ao Fundef e a divergência criada em torno de sua aplicação. Discutiu-se, também, nesse ponto, o item da contratação de escritórios de advocacia particulares para o ingresso de ações judiciais referentes ao tema.

ABSTRACT: *This article analyzes the application of Fundef resources transferred by the Federal Government to the municipalities through late transfers of resources as a result of court decision. It aims at discussing how the use of these funds should take place, given the excitement raised by the municipal managers, excitement justified in those funds being paid years after the fund's extinction. The emergence of a new fund (Fundeb), which covers a broader spectrum of educational funding, also adds to the conflict, as the funds would have lost the binding nature coming from its rules of origin and transmuted to indemnity, which could justify its use to fund any kind of public expenditure. Moreover, this article also addresses the issue of hiring private attorneys to file lawsuits, as well as whether they could be paid with funds from these late transfers from Fundef. Firstly, the article discusses the history of fundamental education financing in the country. Secondly, we approached the point of the constitutional and legal earmarking of resources within the scope of Fundef, clarifying and deepening the theme with regards to this connection. Lastly, we analyzed the issue of late-handed appeals by the Federal Government to the Municipalities due to Fundef's court decisions and the divergence created around its application. The hiring of private law firms for filing lawsuits related to this topic was also discussed.*

PALAVRAS-CHAVE: fundo de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de valorização do magistério; transferências tardias; recursos; decisão judicial; vinculação.

KEYWORDS: *fund for the maintenance and development of elementary education; late passes; resources; court decision; earmarking budget.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O financiamento da educação no Brasil; 2 A discussão quanto ao destino a ser dado aos valores transferidos tardiamente pela União em face de decisão judicial aos Municípios; 3 Vinculação dos recursos do Fundef pagos

por meio de transferências tardias em razão de decisão judicial. Jurisprudência; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 The financing of education in Brazil; 2 The discussion as to the destination to be given to the values transferred late by the Union in the face of judicial decision to the Municipalities; 3 Linking Fundef resources paid by late transfer due to court decision. Jurisprudence; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (Fundef) veio à existência em 1996, por meio da Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, que deu nova redação ao art. 60 das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando que, nos dez primeiros anos da promulgação da emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, obrigatoriamente, teriam que destinar não menos de sessenta por cento dos recursos a que fazia alusão o *caput* do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, cujo objetivo era o de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

Regulamentando a norma constitucional, foi promulgada a Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e, na sequência, o Decreto nº 2.264, de junho de 1997.

De um ponto de vista geral, a Constituição Federal exigia desde sua promulgação que os Estados e Municípios, de forma vinculada, deveriam gastar não menos de 25% das receitas com educação. O que a Emenda nº 14/1996 trouxe de inovação foi a determinação de que 60% desses recursos, a partir de então, ficariam reservados ao ensino fundamental.

Ocorre que, para alcançar os objetivos propostos, os recursos advindos dos orçamentos dos Estados e dos Municípios não eram suficientes, razão por que determinou também a Emenda que a União ficaria com a obrigação de complementar os recursos dos demais entes federados sempre que o valor por aluno não alcançasse o mínimo definido nacionalmente.

Apesar da determinação constitucional, ao longo de vários anos a União deixou de repassar os recursos nos valores devidos, o que levou os entes federados, notadamente os Municípios, a ingressarem no Judiciário cobrando a complementação desses valores repassados a menor. Tais ações judiciais

tramitaram por vários anos e instâncias, sendo que, a partir do ano de 2016, essas ações – julgadas procedentes – começaram a transitar em julgado, fazendo com que diversos Municípios recebessem acentuados valores, gerando, por consequência, uma discussão sobre a forma como tais recursos deveriam ser aplicados.

O presente artigo tem como objetivo discutir a questão da aplicação dos recursos do Fundef transferidos tardiamente pela União aos Municípios, em razão de decisão judicial, à luz das normas constitucionais e legais regentes da matéria. A discussão se dará em torno da origem do recurso e de sua natureza vinculada ou não. O que se tentará responder é se, por se tratar de recursos cuja origem é o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), os valores repassados aos Municípios por meio dessas transferências tardias em razão de decisão judicial mantêm sua natureza vinculada ou, por estarem sendo pagos pela via judicial anos depois, teria ocorrido alteração em sua natureza e, em razão disso, poderão ser utilizados para custear despesas de qualquer natureza.

Para tanto, em um primeiro momento, será traçado um histórico das normas que trataram da educação no Brasil e seu financiamento, especificamente o ensino fundamental.

Em um segundo momento, abordar-se-á a questão da vinculação constitucional e legal dos recursos no âmbito do Fundef, esclarecendo e aprofundando no que consistem as regras vinculantes.

Na terceira parte do trabalho, será analisada a questão dos recursos repassados tardiamente pelo Governo Federal aos Municípios relativos ao Fundef e a discussão criada em torno de sua aplicação. Discutir-se-á, também, nesse ponto, a questão da contratação de escritórios de advocacia particulares para o ingresso de ações judiciais referentes ao tema.

Partindo das experiências vividas e dos estudos realizados até o momento, a hipótese é que os recursos devem ser aplicados de forma vinculada; todavia, o aprofundamento do estudo sobre o tema visa examinar se este é ou não o caminho a ser adotado.

A pesquisa desenvolveu-se mediante abordagem qualitativa e dedicando-se à interpretação do fenômeno e à verificação de resultados da análise, valendo-

-se de pesquisa bibliográfica – em livros e periódicos da área – e documental na jurisprudência.

1 O FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO NO BRASIL

O presente tópico tem como objetivo estabelecer as bases históricas do financiamento da educação no Brasil até se chegar ao surgimento do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental, estendendo-se ainda até o fundo de manutenção do ensino básico, que foi o sucessor do Fundef.

1.1 HISTÓRICO DO FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

Antes de qualquer discussão, é preciso ter em mente a ideia de que, ao falar de educação, está se falando de um direito universal do homem, cuja gênese remonta à Revolução Francesa. Isso foi tema abordado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial e todas as suas trágicas consequências.

A DUDH previa³ que todo ser humano tem direito à instrução, definindo ainda sua gratuidade e obrigatoriedade nos graus elementares e fundamentais. Além disso, tratou de prever a acessibilidade à instrução técnico-profissional, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

Ao prever obrigatoriedade e gratuidade da educação fundamental, percebe-se, desde este momento, já um direcionamento no sentido de que todos os Estados deveriam proporcionar aos seus cidadãos a educação de base.

Nesses termos, não há dúvidas de que a educação alcançou o *status* de direito fundamental, sendo certo que, em quase todos os países, atualmente, é ela garantida legalmente. A garantia desse direito pelas nações ocorre em razão de se ter compreendido que a educação é um pré-requisito para se alcançar a cidadania, já que é a partir disso que a pessoa passa a ter acesso aos bens culturais disponíveis. Ora, além de estar previsto nas normas que esse bem seja materialmente disponível às pessoas, necessário é que cada nação estabeleça políticas que garantam os mecanismos próprios para a sua efetiva fruição.

³ Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 26: “Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito”.

Vale lembrar, por sua importância, que os Países-membros da ONU, entre os quais o Brasil, adotaram formalmente, em 25 de setembro de 2015, a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável composta pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) – que substituem os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) que vigoraram até o fim de 2015. De acordo com o Secretário-Geral da ONU, trata-se de “uma promessa dos líderes para a sociedade mundial. É uma agenda para acabar com a pobreza em todas as suas formas, uma agenda para o planeta”⁴.

Um dos objetivos da Agenda⁵, o de número 4, diz respeito à educação. Por ele, os países se comprometeram a assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e a promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos. Cuida-se de, até o ano de 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes, além de prever melhorias por meio de políticas de educação e formação profissional para pessoas vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, os povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade, entre outros.

No Brasil, todas as constituições abordaram o tema da educação. A primeira Constituição – de 1824 – previa, em seu art. 179, inciso XXXII⁶, que a “instrução primária e gratuita a todos” era um dos instrumentos para a garantia da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos⁷.

⁴ GUIA A Fome no Mundo: causas, consequências e soluções para um mal que assola o planeta. *On-Line* Editora, 2016.

⁵ “Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável composta pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS): 4.1 Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes; 4.2 Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos tenham acesso a um desenvolvimento de qualidade na primeira infância, cuidados e educação pré-escolar, de modo que eles estejam prontos para o ensino primário; 4.3 Até 2030, assegurar a igualdade de acesso para todos os homens e mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade, a preços acessíveis, incluindo universidade. [...]” (Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods4/>>)

⁶ Constituição Política do Imperio do Brazil/1824, art. 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: [...] XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos”.

⁷ NOGUEIRA, Octaciano. *Constituição de 1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

A Constituição de 1891 abordou o tema da educação somente prevendo competência para o Congresso Nacional tratar do tema em legislação infraconstitucional, de forma privativa quando se tratasse de educação superior e não privativa quando se tratasse dos demais níveis (arts. 34 e 35⁸).

Na Carta de 1934, houve a preocupação com um plano nacional de educação, tendo sido atribuída competência ao Conselho Nacional de Educação para sua elaboração, plano que deveria criar sistemas educativos nos Estados, órgãos de composição, além de prever a destinação de recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino. Importante ressaltar aqui que houve também o estabelecimento de imunidade de impostos para estabelecimentos particulares de ensino, de liberdade de cátedra e de auxílio a alunos necessitados, além de determinação de provimento de cargos do magistério oficial mediante concurso⁹.

A Constituição de 1937 não trouxe grandes inovações; ao contrário, houve retrocesso em diversas áreas, inclusive no campo da educação. Nesse âmbito específico, por exemplo, extinguiu-se a vinculação obrigatória de recursos para a pasta, embora fosse obrigatório e gratuito o ensino primário (arts. 129 e 130¹⁰).

⁸ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil/1891, art. 34: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 30. Legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal, bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na Capital forem reservados para o Governo da União”; art. 35: “Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: [...] 3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; 4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal”.

⁹ DEMARCHI, Clovis. Autonomia do direito educacional. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29277-29295-1-PB.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

¹⁰ Constituição dos Estados Unidos do Brasil/1937, art. 129: “A infância e a juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais. O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é, em matéria de educação, o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público”; art. 130: “O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida

Em 1946 – saindo da Ditadura –, recuperam-se um pouco as conquistas das Cartas de 1891 e, principalmente, de 1934. Definiu-se ali a competência legislativa da União sobre diretrizes e bases da educação nacional. Reservou-se aos Estados competência residual sobre matéria educacional de seus sistemas de ensino. A ideia de educação pública era prevalente, embora tenha sido permitida a livre iniciativa no campo educacional. Estabeleceu-se o ensino primário obrigatório e gratuito, a liberdade de cátedra e a exigência de concurso para provimento dos cargos não só nos estabelecimentos superiores oficiais, mas também nos livres. Importante ressaltar a novidade da previsão de vinculação de recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino¹¹.

Com a Constituição de 1967 foi mantida a estrutura organizacional da educação nacional, preservando os sistemas de ensino dos Estados. Apesar de se notar avanços, também se percebe retrocessos, como o fortalecimento do ensino particular, inclusive mediante previsão de substituição do ensino oficial gratuito por bolsas de estudo, necessidade de bom desempenho para garantia da gratuidade do ensino médio e superior aos que comprovassem insuficiência de recursos, limitação da liberdade acadêmica pela fobia diante de ideias consideradas subversivas e diminuição do percentual de receitas vinculadas para a manutenção e o desenvolvimento do ensino¹².

Finalmente, com a Constituição de 1988 – que restabeleceu o Estado Democrático de Direito – ampliou-se o rol dos direitos sociais, entre os quais se insere o direito à educação, definindo com mais precisão as atribuições do Poder Público. Foram dedicados à educação os arts. 202 a 214 da Seção I do Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto, do Título VIII – Da Ordem Social, além do art. 60 das Disposições Constitucionais Transitórias.

aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar”.

¹¹ Constituição dos Estados Unidos do Brasil/1946, art. 5º: “Compete à União: [...] d) diretrizes e bases da educação nacional; [...]”; art. 6º: “A competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5º, nº XV, letras b, e, d, f, h, j, l, o e r, não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar. [...]”; art. 166: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”; art. 167: “O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem”; art. 168: “A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: I – o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional; II – o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos”.

¹² TEIXEIRA, Diogo de Vasconcelos; VESPÚCIO, Carolina Rocha. O direito à educação nas Constituições brasileiras. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 19, n. 4117, p. 10, 9 out. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n80/12927.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

De acordo com os estudiosos da área educacional, a declaração do direito à educação, definida de forma detalhada e específica na Constituição Federal de 1988, representou um salto no que diz respeito à qualidade em relação à regulamentação anterior, tendo os direitos sido fixados com maior precisão em sua redação, introduzindo-se, até mesmo, os instrumentos jurídicos para a sua garantia. Ocorreu, pois, o que se costuma denominar de “salto histórico de qualidade” às normas anteriores¹³.

Entre as muitas inovações da Constituição de 1988, destacam-se as previsões do art. 208, que, em sua redação original, previa que o dever do Estado com a educação deveria ser efetivado mediante a garantia de: ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; atendimento ao educando, no ensino fundamental, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O mesmo texto seguiu definindo que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (fundamental) seria, a partir de então, direito público subjetivo, trazendo ainda a consequência de que “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importaria responsabilidade da autoridade competente”.

Como se pode ver, em alguma medida, todas as constituições garantiram o direito à educação. Todavia, sabe-se que, para que um direito seja garantido, sua previsão em uma norma é apenas um passo. Embora saiba-se que todos os direitos de responsabilidade dos Poderes Públicos dependam de planejamento e previsão nos orçamentos públicos, espera-se que os governantes pensem a educação como prioridade e, nesse sentido, possam destinar o máximo possível de recursos para assegurar esse direito a seus cidadãos. Como bem aponta a doutrina, e isso jamais pode ser esquecido por quem estuda o tema, sem dúvida que todos os direitos, não só os denominados de segunda geração, demandam custo:

¹³ OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. *Revista Brasileira de Educação*, n. 11, p. 61-74. 1999.

Na esteira da obra de Holmes e Sustain e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Ingo Sarlet e Flávio Galdino, todos os direitos fundamentais são direitos prestacionais, inclusive os direitos de primeira dimensão, que exigem, para que sejam efetivados, um conjunto de medidas positivas que envolvem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para proteger, assegurar e garantir tais direitos. Deste modo, a defesa corrente da irrelevância econômica dos direitos de primeira dimensão demonstra, na verdade, uma opção político-ideológica pela concretização de tais direitos, bem como se constitui uma forma de manter, sob a falsa aparência da neutralidade, os critérios jurídicos tradicionais de alocação de recursos e distribuição de bens.¹⁴

No que diz respeito à educação brasileira e sua efetivação às pessoas, vê-se que a gratuidade tem previsão desde as primeiras constituições, vinculando essa gratuidade, quase sempre, ao ensino ou à instrução primária e, mais recentemente, ao ensino fundamental. Cite-se, a título de exemplo, a primeira LDB – Lei nº 4.024, de 1961 – e a Lei nº 5.692, de 1971¹⁵.

Ao longo dessa trajetória histórica, os entes federados sempre tiveram grandes dificuldades em cumprir essas previsões por diversas causas, destacando-se como principal a escassez de recursos para o seu custeio.

Como supracitado, em 1988 a Constituição Federal tornou o acesso ao ensino obrigatório e gratuito um direito público subjetivo e um dever do Estado e da família, ao mesmo tempo em que estabeleceu a punição aos gestores que

¹⁴ ALVES, Abner Duarte; MASTRODI NETO, Josué. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 715, 2016.

¹⁵ A Lei nº 4.024/1961 foi a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação, elaborada no Brasil, sem qualquer preocupação com o ensino básico. À época ocorreu extenso debate no Congresso Nacional por mais de uma década e, ao fim, tal lei não alcançou as expectativas. A Lei nº 4.024/1961 era uma lei inócua, tal qual é a Lei nº 9.394/1996 atualmente em vigor, mas vale lembrar também que antes disso não havia no Brasil uma lei específica para a educação. Já a Lei nº 5.692/1971 cuidava da reforma do ensino de 1º e 2º graus e direcionou suas determinações a contenção do movimento operário e a institucionalização da formação profissionalizante necessária ao incremento da produção ambicionada pela burguesia industrial e ancorada na qualificação mínima dos trabalhadores industriais (SAVIANI, Dermeval. *Pedagogia histórico-crítica: primeiras aproximações*. 6. ed. Campinas/SP: Autores Associados, 1997).

não tomassem as medidas para a efetivação desse direito – art. 208 da CF/1988 c/c o art. 4º da LDB¹⁶.

Conforme previsão das normas atualmente em vigor, é competência dos Municípios atuarem prioritariamente na educação infantil e no ensino fundamental. Para os Estados, reservou-se a obrigação de assegurar o ensino fundamental e oferecer, prioritariamente, o ensino médio. À União cabe a organização do sistema de educação superior, além do apoio técnico e financeiro aos demais entes federados – arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 9.394/1996¹⁷.

Para o financiamento da educação em todos os seus níveis, as Constituições Federais, normalmente, estabeleciam de forma vinculada percentuais dos orçamentos dos entes federados. A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu o percentual de 18% para a União, 25% para os Estados e Distrito Federal e 25% para os Municípios (art. 212). Nos anos seguintes à promulgação da Carta de 1988, percebeu-se nos entes federados menores (Municípios) a necessidade crescente de recursos, já que, como se sabe, seus orçamentos são ínfimos e não são suficientes para o cumprimento de seus deveres constitucionais na área educacional. Surge daí a ideia de criação de um fundo que pudesse custear a educação fundamental.

¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil/1988, art. 208: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo; § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Lei nº 9.394/1996, art. 5º: “O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo. [...] § 3º Qualquer das partes mencionadas no *caput* deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente. § 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade”.

¹⁷ Lei nº 9.394/1996, art. 8º: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino. [...]”; art. 9º: “A União incumbir-se-á de: [...] IX – autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino. [...] § 3º As atribuições constantes do inciso IX poderão ser delegadas aos Estados e ao Distrito Federal, desde que mantenham instituições de educação superior”; art. 10: “Os Estados incumbir-se-ão de: [...] VI – assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem, respeitado o disposto no art. 38 desta Lei”; art. 11: “Os Municípios incumbir-se-ão de: [...] V – oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino”.

1.2 O FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL (FUNDEF)

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (Fundef) veio à existência em 1996, por meio da Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, que deu nova redação ao art. 60 das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando que, nos dez primeiros anos da promulgação da emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios obrigatoriamente teriam que destinar não menos de sessenta por cento dos recursos a que fazia alusão o *caput* do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, cujo objetivo era o de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

Regulamentando a norma constitucional, foi promulgada a Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e o Decreto nº 2.264, de junho de 1997. O Fundef foi implantado nacionalmente em 1º de janeiro de 1998, quando passou a vigorar a nova sistemática de redistribuição dos recursos destinados ao ensino fundamental. O que a Emenda nº 14/1996 trouxe de inovação, além da criação do fundo, foi a determinação de que 60% desses recursos, a partir de então, ficariam reservados exclusivamente ao ensino fundamental.

Quanto à utilização do Fundef no que diz respeito ao objeto elegível para a realização de gastos, os recursos destinavam-se, como o próprio nome revelava, exclusivamente ao ensino fundamental, os quais deveriam ser aplicados, além do pagamento de profissionais do magistério, nas despesas enquadradas como “manutenção e desenvolvimento do ensino” (art. 70 da Lei Federal nº 9.394/1996¹⁸ - LDB).

¹⁸ Lei nº 9.394/1996, art. 70: “Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar”.

Determinava a Lei do Fundef que os recursos deveriam ser divididos em duas parcelas-percentuais: 60% (sessenta por cento) no mínimo destinados à remuneração do magistério e 40% (quarenta por cento) no máximo destinados às despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental (art. 7º da Lei nº 9.424¹⁹, de 24 de dezembro de 1996, e Resolução nº 3, de 08.10.1997, do Conselho Nacional de Educação).

A parcela mínima de 60% destinava-se à remuneração dos profissionais da educação atuantes no ensino fundamental (regular, especial, indígena ou supletivo), incluindo-se professores (inclusive os leigos) e outros profissionais que desenvolvessem suas funções no suporte pedagógico (direção, administração, planejamento, inspeção, supervisão e orientação educacional – desde que em efetivo exercício).

A lei permitiu à época que, no desenrolar dos primeiros 5 anos de vigor do Fundef (de 1997 a 2001), parte dos recursos da fatia de 60% fosse utilizada para a capacitação de professores leigos, sendo essa utilização definida pelo próprio governo (estadual ou municipal) de acordo com suas necessidades.

A parcela de 40% se destinava a custeio de outras despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental (máximo de 40% do Fundef), cuja definição era dada pelo art. 70 da Lei nº 9.393/1996 (LDB).

Uma das características principais dos recursos do Fundef era a regra de vinculação, a significar que os valores referentes a seus recursos, sob nenhuma hipótese, poderiam custear qualquer outro tipo de despesa (mesmo que educacional) que não estivesse diretamente ligada ao ensino fundamental.

2 A DISCUSSÃO QUANTO AO DESTINO A SER DADO AOS VALORES TRANSFERIDOS TARDIAMENTE PELA UNIÃO EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL AOS MUNICÍPIOS

Com a definição de que a União teria que repassar (a título indenizatório) verbas oriundas do Fundef referentes a exercícios anteriores, iniciou-se ampla

¹⁹ Lei nº 9.424, art. 7º: “Os recursos do Fundo, incluída a complementação da União, quando for o caso, serão utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, assegurados, pelo menos, 60% (sessenta por cento) para a remuneração dos profissionais do Magistério, em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental público. Parágrafo único. Nos primeiros cinco anos, a contar da publicação desta Lei, será permitida a aplicação de parte dos recursos da parcela de 60% (sessenta por cento), prevista neste artigo, na capacitação de professores leigos, na forma prevista no art. 9º, § 1º”.

discussão sobre o destino que deveria ser dado aos recursos de tais indenizações. De um lado os Municípios – e seus gestores – manifestaram a intenção de utilização dos recursos para o custeio de despesas em áreas diversas da educação. Do outro, o segmento educacional, apoiado por seus sindicatos, pelo Ministério Público Federal e Estadual e por muitos Tribunais de Contas, passou a defender a tese de que os recursos são vinculados.

Neste tópico pretende-se, inicialmente, destacar a origem dos recursos repassados tardiamente pela União aos Municípios em cumprimento de decisão judicial e, na sequência, analisar a destinação que deve ser dada aos recursos advindos dessa verba. De um lado, verificar-se-ão os fundamentos sobre os quais se firmam as ideias dos que entendem que os recursos podem ser aplicados em qualquer natureza de despesas. De outro, além de apontar no que consiste a vinculação dos recursos, serão examinadas as razões apresentadas por aqueles que entendem que essa vinculação abrange também os valores oriundos das transferências tardias em razão de decisão judicial.

2.1 A ORIGEM DOS RECURSOS DO FUNDEF REPASSADOS TARDIAMENTE PELA UNIÃO AOS MUNICÍPIOS EM CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL

Para alcançar os objetivos propostos, principalmente o de oferta de ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria, os recursos advindos dos orçamentos dos Estados e Municípios (que formavam o Fundef) claramente não eram suficientes, razão pela qual, desde a criação do fundo, a emenda constitucional determinou que a União ficaria com a obrigação de complementar os recursos dos demais entes federados sempre que seus orçamentos não fossem suficientes para o custeio. O cálculo se baseava no valor por aluno (que era calculado pelo FNDE), multiplicando-se pela quantidade de alunos em cada Unidade da Federação.

Ocorre que, ao realizar o cálculo do valor por aluno a ser complementado, a União o fez utilizando como base a média de valor regional (menor) quando deveria tê-lo feito com base no valor médio nacional, o que resultou em um repasse menor no valor da complementação.

Dessa forma, ao longo de vários anos, a União deixou de repassar os recursos nos valores devidos, o que levou os entes federados, notadamente

os Municípios, a ingressarem no Judiciário cobrando a complementação dos valores repassados a menor referente a vários exercícios financeiros (1998 a 2006). As causas tramitaram por vários anos na Justiça Federal e, após acirrada discussão nos Tribunais, essas ações foram, em regra geral, julgadas procedentes, tendo, dessa forma, sido a União condenada a pagar aos Estados e Municípios a diferença. Embora a maioria das ações tenham tramitado na Justiça Federal, há algumas ações (Ações Cíveis Originárias – ACOs 648, 660, 669 e 700) em que vários Estados (Bahia, Amazonas, Sergipe e Rio Grande do Norte) ingressaram diretamente junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), as quais também foram julgadas procedentes. Embora a decisão do STF alcançasse apenas os Estados referidos, ficou definido nas discussões do Supremo o mérito da controvérsia de forma definitiva.

Dessa forma, o resultado das condenações da União nas ações judiciais é que deram origem a todos os valores que estão sendo – ou serão – pagos em breve por meio de precatórios, e é sobre a aplicação desses valores que se cinge a discussão.

Somente no Estado do Ceará, de acordo com notícia veiculada no *Jornal Diário do Nordeste*, no início de 2017 já haviam sido liberados precatórios para os seguintes Municípios: Juazeiro do Norte (R\$ 155 milhões), Canindé (R\$ 81,5 milhões), Acopiara (R\$ 53,5 milhões), Barbalha (R\$ 39,4 milhões), Itapajé (R\$ 38,7 milhões), Camocim (R\$ 34,4 milhões), Guaraciaba do Norte (R\$ 26,1 milhões), Brejo Santo (R\$ 22,1 milhões), Caridade (R\$ 18,9 milhões), Ubajara (R\$ 17,9 milhões), Paramoti (R\$ 17,8 milhões), Graça (R\$ 16,2 milhões), Piquet Carneiro (R\$ 11,7 milhões), Pacujá (R\$ 7,7 milhões) e Iracema (R\$ 5,8 milhões)²⁰. Além disso, de acordo com o periódico, estariam para ser liberados tão logo fossem resolvidas algumas pendências legais, os precatórios para as Cidades de Tianguá, São Benedito, Santana do Cariri, Apuiarés, Itaiçaba e Itatira. Iniciava-se aqui a discussão a respeito de como e em que áreas (despesas) deveriam ser aplicados esses valores repassados tardiamente pela União aos entes federados em cumprimento de decisões judiciais.

²⁰ PEIXOTO, Marcus. TCM retém mais de meio bilhão de reais do Fundef para 20 prefeituras: sem planejamento, Tribunal se diz irredutível ao não liberar recursos devidos da União às cidades. *Diário do Nordeste*, 2017. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/tcm-retem-mais-de-meio-bilhao-de-reais-do-fundef-para-20-prefeituras-1.1707050>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

2.2 A VISÃO DOS GESTORES MUNICIPAIS

Os Municípios que já receberam, assim como os que estão prestes a receber os recursos oriundos da União Federal em razão de decisão judicial, manifestaram e têm demonstrado a intenção de aplicar as verbas nas mais diversas naturezas de despesas. Os gestores dos Municípios contemplados têm indicado que pretendem utilizar tais recursos de forma livre e desvinculada da área de educação, sob o argumento de que esses valores não teriam mais a natureza de verba do Fundef.

O fundamento principal que os administradores têm utilizado para justificar esse entendimento diz respeito à natureza indenizatória (na visão deles) do recurso transferido. Argumentam que, durante os anos em que os recursos do Fundef foram repassados a menor – já que a União não repassou o quanto deveria ter repassado –, tiveram os Municípios que retirar de seus orçamentos (outras áreas) valores para fazer em face das despesas com o ensino fundamental, tendo, dessa forma, um *déficit* se formado nessas áreas ao longo desse período. Assim, nada mais fez a União que indenizar esses valores já antecipados pelos Municípios e, nesse caso, estariam autorizados a utilizar os recursos para custeio de despesas de qualquer área diversa da educação.

2.3 A VISÃO DO SEGMENTO EDUCACIONAL

Se, por um lado, os gestores advogam que os valores repassados seriam apenas uma indenização aos Municípios por recursos já antecipados ao longo dos anos em que o Governo Federal não cumpriu sua obrigação de repassar os valores devidos, o segmento educacional tem visão oposta.

Na visão dos educadores, não há que se falar em gastos dos recursos em áreas diversas da educação. Eles defendem seu ponto de vista argumentando que a regra da vinculação dos recursos do Fundef é inderrogável e não comporta exceção. Não importa a época em que os valores foram entregues aos Municípios, e sim a natureza do recurso. No caso, cuidando-se de recurso do fundo, há que seguir a mesma regra sob a qual o fundo se assenta e a norma constitucional e legal de regência dele é clara em indicar a vinculação.

Os educadores argumentam também que, ainda que se entendessem os valores como de natureza indenizatória, seriam indenizatórios do fundo e não de outras despesas, pois – afirmam – nenhum gestor jamais retirou recurso de qualquer outra área em favor de suprir deficiências no ensino fundamental; ao

contrário, pela ausência dos valores que não foram repassados, essa área sempre sofreu as consequências, tanto na área estrutural (despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino) que sempre foi precária, quanto em relação aos profissionais da educação com baixa remuneração. Dessa forma, concluem, se os recursos do Fundef devem indenizar alguma área, deve ser a educação e seguindo-se a regra vinculativa de ordem constitucional.

2.4 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS: A NATUREZA INDENIZATÓRIA DOS RECURSOS E A VINCULAÇÃO DOS VALORES DO FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL (FUNDEF)

O presente tópico pretende fazer análise dos argumentos levantados tanto pelos gestores municipais quanto os trazidos pelos representantes dos profissionais da educação.

Como já referido, os gestores municipais utilizam como argumento para defender a possibilidade de utilização dos recursos para custeio de despesas diversas da área educacional o fato de esses valores possuírem natureza indenizatória. Na visão dos gestores, durante a década em que vigorou o Fundef, o Governo Federal deixou de repassar uma parte dos valores a que era obrigado pela Constituição. Não o fazendo, alegam, os Municípios tiveram que complementar os recursos para a manutenção do ensino fundamental e, ao complementar tais valores, fizeram-no lançando mão de recursos de outras áreas, como saúde, infraestrutura, ação social, etc.

Analisando os argumentos apresentados, pode-se chegar a várias conclusões. Em primeiro lugar, do ponto de vista conceitual, indenizatório seria qualquer recurso que é repassado por um ente federativo a outro a título de reposição por valores despendidos pelo recebedor a título de prejuízos causados por ação ou omissão do primeiro. Normalmente, o termo se liga a questões salariais – verbas salariais e indenizatórias. No campo do direito trabalhista, financeiro e tributário, entende-se como indenizatória aquele valor a ser pago pelo empregador ao empregado em razão de gastos feitos pelo segundo quando a serviço em benefício do primeiro. De qualquer forma, no enfoque aqui tratado, entende-se inadequada a utilização do termo, já que, ao menos em princípio, a União não teria causado prejuízo aos Municípios.

Todavia, ainda que se admita que os recursos advindos tardiamente da União no contexto do Fundef, em razão de cumprimento de decisão judicial,

possuam natureza indenizatória, esse fato, por si só, não se presta a fundamentar a utilização das verbas em despesas de qualquer natureza. Ora, se as verbas são indenizatórias, significaria dizer que os gestores da época – de 1998 a 2006 – realizaram gastos/despesas com o ensino fundamental lançando mão de recursos de outras áreas e é isto efetivamente – como já dito – que alegam os gestores. Ocorre que tais atos de gestão são impossíveis do ponto de vista jurídico. Como se sabe, os orçamentos públicos se configuram como normas legais autorizativas de despesas públicas aos gestores para um determinado exercício. Salvo exceções, eles não podem a seu alvedrio retirar recursos de uma área e direcionar a outra. Como poderiam ter retirado recursos de áreas diversas da educação para aplicarem no ensino fundamental?

De qualquer forma, se o tiverem feito e se este ato foi autorizado legalmente na lei orçamentária ou mesmo por outra norma legal, é de se entender que, para que haja a reposição do recurso antes retirado de uma área, necessário é que haja uma demonstração objetiva de que isso realmente ocorreu. A exemplo, tendo-se retirado recurso da área da infraestrutura em um determinado exercício para utilização no ensino fundamental, para que esse recurso seja repostado, é imprescindível que se demonstrem os atos que efetivamente materializaram a retirada, inclusive por meio de demonstrações contábeis. De outra sorte, tendo em vista a natureza dos recursos do Fundef, como de qualquer fundo, se esse requisito (demonstração) não foi atendido, não há como defender a possibilidade de gastos dos recursos do Fundef em áreas diferentes da educacional. É importante trazer a lume que o administrador público se encontra absolutamente submetido aos princípios jurídicos, notadamente, nesta área, aos da legalidade e do orçamento.

Assim, nesse ponto específico é forçoso concluir que a utilização de recurso do Fundef repassado tardiamente pela União, em cumprimento de decisão judicial, para realização de gastos de área diversa da educação, somente seria possível com o cumprimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) demonstração objetiva de que houve um gasto do ensino fundamental; b) demonstração objetiva de que o gasto foi efetivamente custeado com recurso advindo de área diversa da educação; c) havendo o gasto sido efetivamente realizado, se houve autorização legal e orçamentária.

Conforme já apontado, o segmento educacional entende que os recursos advindos de transferências tardias em cumprimento de decisão judicial devem ser utilizados exclusivamente na educação e fundamentam seu ponto de

vista no argumento de que os recursos do Fundef possuíam e ainda possuem natureza vinculada e, nesse sentido, não seria possível, sob nenhuma hipótese, a utilização do recurso em despesas de natureza diversa. Na sua visão, nem mesmo lei poderia autorizar tal desvio de rota de aplicação, já que a vinculação se encontra determinada pela Constituição Federal.

Nesse ponto, considera-se de suma importância, inicialmente, esclarecer no que consiste a vinculação constitucional de recursos oriundos das receitas estatais. Vinculação, de origem latina - *vinculu* -, traz a ideia de ligação de um objeto a outro. Juridicamente, possui o significado de dependência, subordinação ou um liame presente entre duas ou mais pessoas ou mesmo coisas²¹.

Pois bem, com a superação do Estado patrimonial ao Estado Social, as receitas que sustentavam a estrutura e os serviços que o ente prestava também mudaram sua configuração. Antes oriundas principalmente de rendas patrimoniais ou dominiais do governante e secundariamente dos tributos, inverte-se no novo modelo estatal, passando os tributos a constituírem a principal fonte de renda do Estado. Outra mudança que ocorre no atual modelo de Estado é a finalidade social que alguns tributos passam a ter como característica, o que impede que os recursos advindos deles sejam utilizados em outras destinações que não sejam aqueles vinculados a sua finalidade²².

Dessa forma, pode-se dizer que a vinculação constitucional de receitas diz respeito a uma determinação prevista pelo constituinte, originário ou derivado, a respeito do destino que deve ser dado a determinada receita estatal, vinculando o montante de seus recursos a despesas definidas no texto constitucional. Nesse sentido, tratando de vinculação no campo educacional, a doutrina específica:

[...] vinculação se constitui na determinação constitucional de aplicação de índices orçamentários de recursos tributários na educação (preferencialmente pública), pelas diferentes esferas administrativas. A Constituição Federal (CF) de 1934 foi a primeira a

²¹ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 15. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 866-67.

²² CAMPOS, Luciana Ribeiro. *Direito orçamentário em busca da sustentabilidade: do planejamento à execução orçamentária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015. p. 375.

expressar a vinculação de um percentual mínimo de recursos para a educação.²³

Deve-se pontuar que, em regra, a vinculação é vedada, somente ocorrendo de forma excepcional e nas hipóteses expressamente previstas pelo constituinte, conforme dicção do próprio texto da Constituição²⁴. Trata-se, inclusive, de princípio constitucional-orçamentário destacado pela doutrina que trabalha o direito financeiro e orçamentário:

A vedação constitucional, dirigida, sobretudo, ao legislador, de vincular a receita pública a despesas específicas é expressa na Carta Máxima Brasileira desde 1967, tendo sido alvo de modificações desde a Constituição de 1988. A existência do princípio [...] se fundamenta na reserva que proporciona ao Poder Legislativo e à própria Administração, em suas atividades discricionárias – mas sempre vinculadas –, em algum nível aos valores incorporados pela Constituição [...].²⁵

A vinculação, assim, se fundamenta na importância acentuada de determinados valores considerados fundamentais pela Constituição e que, ao sentir do constituinte, merece não só a proteção comum que se dá a todos os bens por ela protegidos, mas uma proteção especial e que, como tal, deve ser promovida. Daí vincular ele determinadas receitas a um objetivo que define. Observe-se que essas vinculações, em sua maioria, se dão sobre áreas sensíveis, como saúde, educação, assistência social, etc. Veja-se o destaque doutrinário:

Além das vinculações tributárias, também se percebe que há uma forte tendência na política

²³ MENEZES, Janaina S. S. A vinculação constitucional de recursos para a educação: os (des)caminhos do ordenamento constitucional. *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, n. 30, p. 149-163, jun. 2008.

²⁴ CF/1988, art. 167: “São vedados: [...] IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)”.

²⁵ GRADVOHL, Michel André Bezerra de Lima. *Direito constitucional financeiro: direitos fundamentais e orçamento público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 122-123.

orçamentária brasileira de vinculação do orçamento ao atendimento de determinados valores protegidos constitucionalmente com despesas mandatórias, como a educação básica, a saúde, a pobreza, etc. Estas despesas passam a ser obrigatórias, não havendo, na fase de elaboração do orçamento, opção para que o Executivo promova a exclusão de citadas despesas de sua proposta orçamentária, como também não pode o Legislativo alterar ou anular referidas despesas quando da votação da proposta orçamentária.²⁶

Com relação ao Fundef, a Constituição Federal de 1988 trouxe à época de sua instituição, a título inovador, a mudança da estrutura de financiamento do ensino fundamental no País (1ª a 8ª séries do antigo 1º grau), já que vinculou a esse nível de ensino uma parcela dos recursos constitucionalmente destinados à educação e, para isso, não só criou o fundo, que já seria suficiente para que seus recursos fossem vinculados a um fim específico pela própria natureza do instrumento, mas referiu-se textualmente a tal vinculação.

Como se sabe, genericamente, “fundo” pode ser conceituado como o produto de receitas específicas que, por lei, vincula-se à realização de determinados objetivos. A Lei nº 4.320/1964, recepcionada pela atual Constituição com *status* de lei complementar, em seu art. 71²⁷, define tal instrumento, prevendo que constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Nesse ponto, conclui-se que o arcabouço normativo não deixou nenhuma margem para que o gestor fizesse juízo de conveniência e oportunidade em sua execução. É dizer, pela norma constitucional de origem, os valores destinados a constituir o fundo já possuíam destinação definida, vinculada, o que foi seguida pela lei regulamentadora (art. 2º da Lei nº 9.424/1996²⁸).

²⁶ CAMPOS, Luciana Ribeiro. *Direito orçamentário em busca da sustentabilidade: do planejamento à execução orçamentária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015. p. 375.

²⁷ Lei nº 4.320/1964, art. 71: “Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

²⁸ Lei nº 9.394/1996, art. 2º: “Os recursos do Fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu Magistério”.

Especificamente quanto ao Fundef, repise-se, a regra de vinculação tem esteio constitucional. De acordo com a Constituição Federal – art. 60 do ADCT (redação dada pela EC 14, de 1996)²⁹, nos primeiros anos da promulgação da emenda, os entes federados (Estados, DF e Municípios) teriam que destinar nunca menos de sessenta por cento dos recursos destinados por eles à manutenção e ao desenvolvimento da educação (cujo objetivo maior era assegurar a universalização do ensino) e para a remuneração condigna do magistério.

Nos termos prescritos pela norma constitucional, os recursos deveriam ser utilizados da seguinte forma: a) uma fatia de até 40% dos valores ao custeio de despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental; b) 60% no mínimo com o pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério (art. 60, § 1º da EC).

A Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, regulamentando a EC, dispôs sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, definindo a destinação exclusiva (arts. 2º e 7º³⁰).

²⁹ Constituição Federal/1988, art. 60 do ADCT (redação dada pela EC 14 de 1996): “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, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) § 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, é 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) § 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) [...] § 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) [...] § 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)”.

³⁰ Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, art. 2º, que previa a destinação exclusiva: “Os recursos do fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização de seu Magistério. [...]”; art. 7º: “Os recursos do fundo, incluída a complementação da União, quando for o caso, serão utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, assegurados, pelo menos, 60% (sessenta por cento) para a remuneração dos profissionais do magistério, em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental público [...]”.

Não há, pois, margem para discussão quanto ao destino da aplicação de receita oriunda do Fundef. O administrador não possuía e não possui nenhuma discricionariedade quanto ao destino de recursos oriundos dos fundos educacionais. A sua destinação foi determinada pela Constituição e pela respectiva lei de criação quanto à vinculação. Não cabia ao gestor gastar livremente o recurso, inclusive o previsto no § 3º do art. 60 do ADCT, que estabelecia a complementação da União, objeto das atuais decisões judiciais.

Ademais, pelas normas de direito financeiro, outra não pode ser a destinação. Se a natureza jurídica do Fundef, como já pontuado, é de fundo especial, conforme estabelecidos na Lei nº 9.424/1996³¹, tendo seus recursos tido utilização definida pela norma constitucional, não poderiam ter destinação diversa da apontada na norma de criação. Assim, deveriam ser aplicados no ensino fundamental público (em sua manutenção e seu desenvolvimento e na valorização dos profissionais do magistério). Essa orientação se coaduna com a Lei nº 4.320/1964 (art. 73)³², que estabelece que, mesmo em anos subsequentes ao do orçamento, os recursos devem obediência, na aplicação, à vinculação.

Assim, os recursos de exercícios que ficarem disponíveis apenas em exercícios seguintes continuam pertencentes ao Fundo. Não é o fato de se tratar de recurso de um exercício em outro que haverá destinação diversa³³.

Relevante, ainda, pontuar que uma receita não recebida no exercício em que prevista passa a constituir, em regra, dívida ativa do ente federativo e, no caso específico abordado, ainda que se cuide de indenização, se configuraria como dívida ativa não tributária, sendo que, quando recebida, não perdem a natureza originária e, por via de consequência, a característica de vinculação (arts. 37 a 39 da Lei nº 4.320/1964).

Finalmente, importante, nesse aspecto, ainda, fazer referência à previsão da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (LC 101/2001) -, que, ao tratar da

³¹ Lei nº 9.424/1996, art. 1º: "É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o qual terá natureza contábil e será implantado, automaticamente, a partir de 1º de janeiro de 1998".

³² Lei nº 4.320/1964, art. 73: "Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo".

³³ AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro*. A Lei nº 4.210 comentada. 2. ed. Editora da UFC - Casa de José de Alencar Editorial, 1999.

execução orçamentária e do cumprimento de metas (art. 8º, parágrafo único³⁴), estabelece que os recursos legalmente vinculados à finalidade específica devem ser aplicados de forma exclusiva a atender ao objeto de sua vinculação. Essa aplicação deve se dar, ainda que a execução da despesa ocorra em outro que não o exercício do recebimento da receita, como o caso dos recursos do Fundef, repassados tardiamente, de que se está a tratar, pois, como já dito, constitui-se em fundo especial, previsto constitucional e legalmente e, no caso dos valores advindos em face de sentença judicial, se referem a receitas de exercícios anteriores.

Comentando o parágrafo único do dispositivo da LRF mencionado, a doutrina destaca o aspecto da vinculação:

Quanto a esse parágrafo, em especial, ao aspecto primeiro de vinculação de recursos a finalidade específica, é bem de ver-se que, de início, sofre essa possibilidade marcada pela limitação constitucional, a teor do dispositivo do inciso IV do art. 167 da Carta Magna.

[...] A partir de agora, fica evidente, só podem ser utilizados para atender ao objeto de sua vinculação, claro que se tal existir, mesmo quando esses recursos, que se constituem superávit financeiro e, por isso, integrando o saldo patrimonial do ente, sejam utilizados no exercício subsequente, inclusive para servir de fonte para abertura de créditos suplementares e especiais.³⁵

Dessa forma, todo o recurso advindo da complementação da União à época, por força do § 3º do art. 60 do ADCT, era um recurso vinculado. Pela mesma razão, tais recursos, ainda que transferidos tardiamente, devem continuar vinculados. O fato de o recurso ser pago por força de decisão judicial não altera sua natureza vinculada. Interpretar de forma contrária seria permitir que, em qualquer tipo de despesa, o gestor, uma vez não aplicando o percentual

³⁴ LC 101/2001, art. 8º: “[...] Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.

³⁵ LINO, Pedro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal: Lei Complementar nº 101/2000*. São Paulo. Atlas, 2001.

vinculado à época por qualquer razão, ao aplicá-lo depois, poderia desvincular o recurso.

Repita-se, por sua importância, que a vinculação se deu por força constitucional (art. 212 da Constituição Federal de 1988 e art. 60 do ADCT - com a redação da EC 14/96). Não cabe, portanto, discricionariedade do gestor quanto à escolha de como aplicar o recurso. O fato de o Fundef não estar mais em vigor não altera tal interpretação. Primeiro, porque o recurso era devido à época em que o Fundef estava em vigor e não importa se o recurso somente foi ou está sendo pago em outra época. Ademais, em uma interpretação sistemática, tem-se que o fundo que veio a substituir o Fundef também manteve a mesma sistemática de vinculação. Por esse raciocínio, não pode ser dado destino diverso aos valores agora pagos, uma vez que, se a União os tivesse repassado corretamente naqueles anos, os recursos teriam necessariamente o mesmo fim: a educação.

Desse modo, entende-se não haver espaço para decisão do gestor de como o crédito será utilizado/aplicado, uma vez que a vinculação ora mencionada decorre da sua própria natureza de fundo, além de origem em norma constitucional. Além disso, quando a Constituição permite uma desvinculação de recursos, deve ser expressa, assim como já ocorreu com a Desvinculação de Recursos da União (DRU), sua prorrogação por meio da EC 93.

3 VINCULAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDEF PAGOS POR MEIO DE TRANSFERÊNCIAS TARDIAS EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL. JURISPRUDÊNCIA

No presente tópico, far-se-á uma análise de como os Tribunais têm visto o tema sobre a aplicação dos recursos repassados tardiamente pela União a título de complementação do Fundef, em cumprimento de decisões judiciais aos Estados e Municípios.

3.1 A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO DOS RECURSOS À ÁREA EDUCACIONAL

Antes de adentrar-se o exame da jurisprudência dos Tribunais, vale pontuar que, no âmbito administrativo, o Tribunal de Contas da União (TC 005.506/2017-4, de 23.08.2017³⁶) fixou entendimento de que as verbas advindas da União a título

³⁶ Tribunal de Contas da União: “[...] Em relação à questão da vinculação da aplicação dos recursos do Fundef, conclui-se que o TCU, enquanto competente para fiscalizar a aplicação dos recursos da União repassados a título de complementação do Fundeb/Fundef, deve firmar entendimento no sentido

indenizatório referentes ao Fundef por meio de transferências tardias em razão de decisão judicial, por força de normativos legais e constitucionais, devem permanecer vinculados à educação.

Chamado a se manifestar sobre a questão da vinculação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região esboçou entendimento de que os recursos devem ser utilizados exclusivamente na educação, quando expôs de forma categórica que os valores do Fundef não podem ser utilizados para outra finalidade (TRF 5ª R., Ap-Reex 00002309820144058302/AL, de 23.10.2014)³⁷.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de ações civis ordinárias promovidas pelos Estados do Maranhão, do Pernambuco e da Bahia e outros, se

de que, por força de normativos legais e constitucionais, tais recursos devem permanecer vinculados ao uso na manutenção e desenvolvimento do ensino" (TC 005.506/2017-4, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 23.08.2017 – Ordinária).

³⁷ "PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - VMAA - COMPLEMENTAÇÃO DOS RECURSOS - FUNDEF - FUNDEB - CONTADORIA - INEXISTÊNCIA DE EXCESSO - FORMA DE EXECUÇÃO DO JULGADO - VINCULAÇÃO À EDUCAÇÃO - RETENÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - POSSIBILIDADE - *PER RELATIONEM* - 1. [...] 3. Embora se cuidando de verbas decorrentes de execução contra a Fazenda Pública, efetivamente, existe disposição legal (art. 60 do ADCT) que determina que os valores do Fundef, agora Fundeb, não podem ser utilizados para outra finalidade. 4. Na verdade, a ação ordinária objetivava justamente a complementação de tais valores, que não lhe foram transferidos voluntariamente, portanto, o crédito judicial equivale a uma indenização à Prefeitura, para a recomposição desses recursos devidos. 5. 'A embargante afirma a existência de fato novo consistente na substituição do Fundef pelo Fundeb, implicando em nova realidade educacional, impeditiva da utilização, na atualidade, do critério de distribuição do fundo extinto. Ressalte-se que, em um momento definido no tempo, a União descumpriu o dever de repasse de recursos a que estava obrigada e nisso repousa o dever de ressarcimento. As modificações no regime jurídico dos fundos da educação em momento posterior não alteram esse cenário e em nada influenciam a dívida que se originou sob a égide de uma disciplina jurídica que foi reconhecida como ilegal por sentença transitada em julgado. O único efeito, para essa demanda, do advento do Fundeb foi o de criar um marco final para a apuração das diferenças devidas aos Municípios, nada mais'. 6. 'No que tange ao excesso de execução, a inicial dos embargos apresenta o Parecer Técnico nº 0698-C/2013-NECAP/PRU5ªREGIÃO/AGU sob a alegação de que há excesso de execução no montante de R\$ 1.549.664,66 (um milhão, quinhentos e quarenta e nove reais, seiscentos e sessenta e quatro reais e sessenta e seis centavos), sob a alegação de o embargado/executeur ter utilizado o IPCA-E como fator de correção monetária quando o correto seria a TR (Taxa Referencial). Não possui razão a embargante, pois como ratifica a contadoria judicial em sua informação de fl. 167, o STJ fixou neste feito a utilização do IPCA-E como fator de correção monetária. Portanto, em relação ao excesso de execução, o pedido também será rejeitado'. 7. Possibilidade de retenção dos honorários advocatícios contratuais. 8. Apelação da União Federal e remessa oficial parcialmente providas." (TRF 5ª R., Ap-Reex 00002309820144058302/AL, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Manoel Erhardt, Data de Julgamento: 16.10.2014, Data de Publicação: 23.10.2014)

manifestou não somente pela procedência do pedido de condenação da União pelo dever de indenizar, mas também pela natureza vinculada dos recursos³⁸.

No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir se os recursos do Fundef transferidos em razão de decisão judicial poderiam ser utilizados em outras áreas fora de sua aplicação definida constitucionalmente, definiu de forma negativa no REsp 1409240.

Assim, não há mais controvérsia a respeito do destino a ser dado aos recursos oriundos do Fundef por meio de transferências tardias determinadas em decisão judicial. Tais recursos, nos termos da jurisprudência consolidada e antes referida, devem ser obrigatoriamente destinados a gastos exclusivos com a educação.

Por fim, um último ponto deve frisar. Definido que os recursos são exclusivos para a educação, dentro dessa aplicação vinculada, a subvinculação (40% para manutenção e desenvolvimento do ensino e 60% para remuneração dos profissionais da educação) é obrigatória. Aqui cabe afirmar que a subvinculação possui o mesmo fundamento da vinculação geral já reconhecida, pois possui assento constitucional e legal, como já bastante apontado ao longo do presente ensaio. Entende-se que ela deve ser cumprida nos termos postos nas normas constitucional e legal de regência. Todavia, lamentavelmente, o Tribunal de Contas da União entendeu que a totalidade dos recursos deve ser destinada exclusivamente para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, ignorando a subvinculação dos 60% para os profissionais do magistério. A jurisprudência parece também caminhar nesse sentido.

³⁸ “DIREITO FINANCEIRO - FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 14/1996 - COMPLEMENTAÇÃO DA UNIÃO - FUNÇÃO SUPLETIVA - VALOR MÍNIMO NACIONAL POR ALUNO - FIXAÇÃO - LEI Nº 9.424/1996 - DECRETO Nº 2.264/1997 - FORMA DE PAGAMENTO - OBRIGAÇÃO DE PAGAR - SISTEMÁTICA DOS PRECATÓRIOS - VINCULAÇÃO À FINALIDADE CONSTITUCIONAL DE ENSINO - DANO MORAL COLETIVO - 1. [...] 2. A complementação ao Fundef realizada a partir do valor mínimo anual por aluno fixada em desacordo com a média nacional impõe à União o dever de suplementação de recursos, mantida a vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino. 3. [...] 8. O adimplemento das condenações pecuniárias por parte da União e respectiva disponibilidade financeira aos Autores vinculam-se à finalidade constitucional de promoção do direito à educação, única possibilidade de dispêndio dessas verbas públicas. 9. Ação cível originária parcialmente conhecida e, na parte conhecida, a que se dá parcial procedência.” (Ação Cível Originária nº 648, Bahia, Rel. Min. Marco Aurélio. Red. p/o Ac. Min. Edson Fachin, Data: 06.09.2017)

Embora não seja esse o entendimento que vem prevalecendo, não há dúvida de que os Municípios devem aplicar o recurso do Fundef, transferido tardiamente em cumprimento de decisão judicial, em manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental (40%) e reservando os outros (60%) para pagamento da remuneração de professores em efetivo exercício no ensino fundamental à época, pois esta é a vinculação estabelecida constitucional e legalmente.

3.2 O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COM RECURSOS ADVINDOS DE TRANSFERÊNCIAS TARDIAS DE RECURSOS DO FUNDEF EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL

O presente tópico pretende discutir a questão dos pagamentos de honorários advocatícios pagos com recursos dos precatórios do Fundef transferidos tardiamente em cumprimento de decisão judicial. A questão deve ser posta sob dois ângulos: a) contratação de advogados privados para o ingresso de ações envolvendo a discussão do repasse a menor realizado pelo Governo Federal nos anos em que esteve em vigor o Fundef; b) contratados esses advogados, deve ser discutido o pagamento de honorários sucumbenciais e contratuais.

Inicialmente, cabe levantar o questionamento sobre a necessidade de contratação de advogados privados para o ingresso de ações envolvendo o Fundef, especificamente o repasse a menor durante os anos de vigência do fundo, tendo em vista que, como se sabe, os entes federativos possuem seus representantes jurídicos. Não se trata, no presente momento, de se discutir a forma de ingresso dos procuradores municipais – se cargo efetivo provido por concurso público ou cargo em comissão de livre nomeação, mas se há ou havia à época razões jurídicas que justificassem a contratação de advogados privados para o ingresso dessas demandas.

Tem-se defendido que o tema seria de alta complexidade e, em razão disso, exigiria a contratação de advogados ou de bancas advocatícias especializadas para o ingresso das ações. A se admitir esse argumento, surge outra discussão sobre a possibilidade da contratação desses profissionais de forma direta, isto é, sem a realização de um procedimento licitatório.

Em princípio, cabe apontar que, de acordo com entendimento exposto pelo Controle Interno da União – Controladoria-Geral da União, a apuração

dos valores referente à diferença do Fundef exige simplesmente a elaboração de planilhas Excel com fórmula padrão, que poderão ser utilizadas para todos os Municípios em cadeia, alterando-se somente os dados particulares de cada um: quantidade de alunos do censo escolar do ano anterior e o valor do Fundef recebido à época, para determinar a diferença a ser paga. Apontou ainda que “todas as variáveis necessárias para o cálculo já constam dos autos das ações propostas, sendo que a própria Justiça Federal determinou que o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE elaborasse os cálculos” (Nota Técnica nº 426/2017/CGU/NAE/MA/Regional/MA).

Dessa forma, é forçoso concluir que os argumentos de que há complexidade na causa a justificar a contratação de escritórios de advocacia especializados não se sustentam, sendo certo que os próprios representantes jurídicos dos Municípios poderiam e deveriam ter ingressado com as ações.

Por outro lado, ainda que se admitisse a contratação de profissionais da área privada para a propositura das ações, é evidente que estes deveriam ter sido contratados por meio de certames licitatórios na forma prevista na Lei nº 8.666/1993, requisitos que, se não foram cumpridos, têm o condão de tornar nulos os contratos firmados entre os Municípios e as respectivas bancas advocatícias. Ora, sendo a causa de baixa complexidade, como apontado pela Controladoria-Geral da União (CGU), não há que se falar em necessidade de contratação de profissionais especializados, como razão para realização de dispensas de procedimentos licitatórios (art. 25 c/c o art. 13 da Lei nº 8.666/1995).

Ademais, no âmbito administrativo, o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União, do ponto de vista da vinculação dos recursos, é no sentido de que a destinação de valores tardiamente transferidos em razão de decisão judicial, relacionados a verbas do Fundef para o pagamento de honorários advocatícios, é inconstitucional, por ser incompatível com o art. 60 do ADCT, com a redação conferida pela EC 14/1996, bem como é ilegal, por estar em desacordo com as disposições da Lei nº 11.494/2007 (Acórdão nº 1824/2017, de 23.08.2017, Plenário).

Esse entendimento foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que as verbas oriundas do Fundef, transferidas tardiamente em cumprimento de decisão judicial, não podem remunerar honorários advocatícios

(STJ, REsp 1703697/PE, 2017/0113783-4, 1ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, J. 10.10.2018, DJe 26.02.2019)³⁹.

No mesmo sentido vem compreendendo o Supremo Tribunal Federal, afirmando que as verbas oriundas do Fundef, transferidas tardiamente aos Estados e Municípios, em razão de decisão judicial, não podem ser utilizadas para pagamento de honorários advocatícios em razão de sua vinculação constitucional e legal⁴⁰.

Dessa forma, neste ponto específico, é forçoso reconhecer que as contratações de advogados ou de bancas advocatícias para ingresso dessas ações são indevidas, tendo em vista que os Municípios e Estados possuem suas procuradorias jurídicas. Ademais, não há mais dúvida de que essas causas

³⁹ “PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - RETENÇÃO DA VERBA HONORÁRIA - CRÉDITO RELATIVO A DIFERENÇAS DO FUNDO DE MANUTENÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF - IMPOSSIBILIDADE - *AMICUS CURIAE* - INTEMPESTIVIDADE - INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE - AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO OU VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVA INERENTE À CARREIRA DA ADVOCACIA - 1. [...] 7. Na execução, regra geral, é possível a requisição pelo patrono de reserva da quantia equivalente à obrigação estabelecida, entre si e o constituinte, para a prestação dos serviços advocatícios. A condição para isso é que o pleito seja realizado antes da expedição do precatório ou do mandado de levantamento, mediante a juntada do contrato. Orientação do STJ e do STF. 8. Esse entendimento, todavia, não é aplicável quando os valores a que tem direito o constituinte se refere a verbas decorrentes de diferenças do Fundef que a União deixou de repassar aos Municípios a tempo e modo. 9. O fato de determinada obrigação pecuniária não ter sido cumprida espontaneamente, mas somente após decisão judicial com trânsito em julgado, não descaracteriza a sua natureza nem a da prestação correspondente. Assim, uma vez que os valores relacionados ao Fundef, hoje Fundeb, encontram-se constitucional e legalmente vinculados ao custeio da educação básica e à valorização do seu magistério, é vedada a sua utilização em despesa diversa, tais como os honorários advocatícios contratuais. 10. Reconhecida a impossibilidade de aplicação da medida descrita no art. 22, § 4º, da Lei nº 8.906/1994 nas execuções contra a União em que se persigam quantias devidas ao Fundef/Fundeb, deve o advogado credor, apesar de reconhecido o seu mérito profissional, buscar o seu crédito por outro meio. 11. Recurso especial a que se dá provimento para negar o direito à retenção dos honorários advocatícios contratuais do crédito devido pela União.” (STJ, REsp 1703697/PE, 2017/0113783-4, 1ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, J. 10.10.2018, DJe 26.02.2019)

⁴⁰ “AGRAVO INTERNO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO - CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 636.978-RG (TEMA 422) - VINCULAÇÃO DE VERBAS DA UNIÃO PARA A MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA - INVIABILIDADE DO USO DOS RECURSOS PARA DESPESAS DIVERSAS - PROVIMENTO PARCIAL - 1. O acórdão não divergiu do entendimento firmado pelo Plenário desta Corte, no julgamento do mérito da repercussão geral reconhecida no RE 841.526-RG (Rel. Min. Luiz Fux, Tema 592). 2. As verbas do Fundef não podem ser utilizadas para pagamento de despesas do Município com honorários advocatícios contratuais. 3. Agravo interno a que se dá parcial provimento.” (ARE 1.066.281-AgRg/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 26.11.2018)

possuem baixa complexidade, o que desautoriza a contratação de profissional especializado. De qualquer forma, há que se finalizar dizendo que, no caso de profissionais que foram contratados e ingressaram com as ações, isto é, prestaram os serviços, devem ser remunerados (embora não o sejam com verbas do Fundef, transferidas em por decisão judicial), mesmo que essas contratações sejam eivadas de vícios, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública, o que não é admitido no ordenamento jurídico⁴¹.

CONCLUSÃO

Após análise doutrinária e jurisprudencial do tema proposto, a conclusão a que se chega, como especificado em item 3, é que a hipótese aventada inicialmente se confirma. Os recursos oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) repassados tardiamente aos Municípios em cumprimento de decisão judicial devem ser utilizados de forma vinculada, assim como previsto nas normas de regência.

No que se refere às alegações levantadas pelos gestores municipais de que os recursos repassados aos Municípios por meio de transferências tardias em razão de decisão judicial, por possuírem natureza indenizatória, superariam a regra da vinculatividade e, dessa forma, poderiam ser utilizados para custeio de quaisquer despesas, tal tese não encontra amparo nas normas constitucionais, legais ou jurisprudenciais.

A regra da vinculação dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) tem esteio em norma constitucional, que, ao criar o fundo, determinou que os recursos a ele destinados deveriam ser aplicados obrigatoriamente para remuneração dos profissionais da educação fundamental – mínimo de 60% – e custeio de despesas de manutenção desenvolvimento do ensino fundamental – máximo de 40%.

Constatou-se que a vinculação trata-se de um mandamento constitucional que direciona os recursos oriundos de determinadas fontes (tributos ou orçamentos) a específicos fins. Trata-se de exceção, pois a regra geral constitucional impõe a não vinculação de recursos oriundos de impostos. Verificou-se que a vinculação constitucional de receitas, de tributos ou de

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

outras fontes se fundamenta na acentuada importância dada pelo constituinte a determinados valores constitucionais, que, em sua avaliação, mereceriam uma proteção diferenciada. Daí decidir ele pela vinculação de especificadas receitas a um objetivo também definido, como ocorre em áreas sensíveis, como saúde, educação, entre outras.

Observou-se também que o Fundef se configura como um fundo especial criado pela Constituição e implementado pela legislação infraconstitucional, cuja natureza, nos termos das normas financeiras e orçamentárias (Lei nº 4.320/1964 e LC 101/2001), se destinam a receber receitas vinculadas e cuja destinação também é vinculada a objetivos definidos nas normas criadoras do referido fundo.

Verificou-se, ainda, que a jurisprudência, ao enfrentar a questão, se firmou no sentido de que as modificações no regime jurídico dos fundos da educação, em momento posterior, não alteram sua natureza e em nada influenciam a dívida que se originou sob a égide de uma disciplina jurídica que foi reconhecida como ilegal por sentença transitada em julgado, assim como que os recursos oriundos desses repasses tardios devem ser utilizados e administrados pela edilidade para a finalidade da educação (TRF 5ª Região). Foi essa também a conclusão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, no sentido de que a verba efetivamente era devida pela União, devendo ser mantida a vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino (ACO 648, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/o Ac. Min. Edson Fachin, Data: 06.09.2017).

Também conclui-se que a contratação, pelos entes federativos, de advogados privados (bancas de advogados) não encontra razão jurídica, já que, conforme estabelecido pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria-Geral da União, cuidam-se de causas de baixa complexidade. Ademais, as contratações ocorridas não poderiam jamais ter sido levadas a cabo por meio de dispensas ou inexigibilidade de licitações exatamente em razão da ausência dos requisitos previstos na Lei de Licitações (arts. 24 e 25 c/c o art. 13), o que, tendo sido feito, tem o condão de eivar de nulidade os contratos firmados. Firmou-se também que – caso tenham havido contratações desses profissionais – seus honorários não poderão ser pagos com recursos do Fundef, tardiamente transferidos em cumprimento de decisão judicial, exatamente em razão da vinculação constitucional e legal estabelecida pelos recursos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro*. A Lei nº 4.210 comentada. 2. ed. Editora da UFC – Casa de José de Alencar Editorial, 1999.

ALVES, Abner Duarte; MASTRODI NETO, Josué. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, 2016.

ALVES, M. T. G.; FRANCO, C. A pesquisa em eficácia escolar no Brasil: evidências sobre o efeito das escolas e fatores associados à eficácia escolar. In: BROOKE, N.; SOARES, J. F. (Org.). *Pesquisa em eficácia escolar: origem e trajetórias*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2008. p. 482-500.

BOMENY, H. *O financiamento da educação na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BRASIL. Lei nº 10.172, de 10 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação. Brasília/DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm>. Acesso em: 7 mar. 2018.

_____. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.

_____. *Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério*. Brasília/DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9424.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.

_____. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.

CAMPOS, Luciana Ribeiro. *Direito orçamentário em busca da sustentabilidade: do planejamento à execução orçamentária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

DEMARCHI, Clovis. Autonomia do direito educacional. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29277-29295-1-PB.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRADVOHL, Michel André Bezerra de Lima. *Direito constitucional financeiro: direitos fundamentais e orçamento público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GUIA *A Fome no Mundo: causas, consequências e soluções para um mal que assola o planeta*. On-Line Editora, 2016.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LINO, Pedro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal: Lei Complementar nº 101/2000*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Vicente. *Aspectos jurídicos-educacionais da carta de 1891. Âmbito Jurídico, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5610>. Acesso em: 7 mar. 2018.

MENEZES, Janaina S. S. A vinculação constitucional de recursos para a educação: os (des)caminhos do ordenamento constitucional. *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, n. 30, p. 149-163, jun. 2008.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituição de 1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. *Revista Brasileira de Educação*, n. 11, p. 61-74, 1999.

PEIXOTO, Marcus. TCM retém mais de meio bilhão de reais do Fundef para 20 prefeituras: sem planejamento, Tribunal se diz irredutível ao não liberar recursos devidos da União às cidades. *Diário do Nordeste*, 2017. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/tcm-retem-mais-de-meio-bilhao-de-reais-do-fundef-para-20-prefeituras-1.1707050>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

SAVIANI, Dermeval. *Pedagogia histórico-crítica: primeiras aproximações*. 6. ed. Campinas/SP: Autores Associados, 1997.

TEIXEIRA, Diogo de Vasconcelos; VESPÚCIO, Carolina Rocha. O direito à educação nas Constituições brasileiras. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 19, n. 4117, 9 out. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n80/12927.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

Submissão em: 26.05.2019

Avaliado em: 22.07.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 23.07.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 13.08.2019