



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

Autos nº 0005887-48.2011.403.6114

Ação Ordinária

Autor: Município de Diadema

Réus: União Federal e FNDE – Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Educação

Vistos em liminar.

Trata-se de ação, pelo rito ordinário, ajuizada pelo **MUNICÍPIO DE DIADEMA**, em face da **UNIÃO FEDERAL** e do **FNDE – FUNDO NACIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO** – objetivando, em provimento liminar, seja concedida antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para o fim de declarar que o autor “aplicou em 2010, na manutenção e desenvolvimento do ensino, quantia equivalente a pelo menos 25,09% de sua receita de impostos e, conseqüentemente, seja determinado aos Réus tomar providências administrativas necessárias de modo a possibilitar que o Município de Diadema receba transferências voluntárias, entre as quais, a retificação de sua situação perante o Cadastro Único de Convênios (substituição da sigla “AC” pela “S” no campo “301”)”.



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

Aduz, em apertada síntese, que, ao prestar informações acerca dos gastos com a manutenção e desenvolvimento do ensino referente ao exercício de 2010, foi apurado pelo FNDE, por intermédio do SIOPE – Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação – que o autor aplicou, no exercício referido, o percentual de 24,84% na manutenção e desenvolvimento do ensino; inferior, portanto, ao percentual de 25% exigido pelo art. 212 da CF/88.

Assevera a existência de inconsistências na metodologia de cálculo utilizada pelo SIOPE, a qual confronta com a metodologia utilizada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que, para o mesmo exercício, apurou gasto com a educação pelo autor no percentual de 25,17%.

Explica que cada Município contribui para o FUNDEB com um valor calculado proporcionalmente à sua receita de impostos e, posteriormente, o FUNDEB redistribui esses recursos, transferindo parte deles novamente aos Municípios, proporcionalmente ao número de alunos existentes no Município. Afirma que a contribuição do Município para o FUNDEB constitui parte de sua despesa com a manutenção e desenvolvimento do ensino.

Diz que, para o exercício de 2010, o Município de Diadema contribuiu com R\$ 63.722.115,95 para o FUNDEB e este transferiu para Diadema o valor de R\$ 65.922.725,54.

Ressalta que, no município de Diadema, a receita total proveniente de impostos em 2010 foi no importe de R\$ 487.610.215,51, sendo que a despesa anual obrigatória com a manutenção e desenvolvimento do ensino corresponde a 25% do mencionado valor, ou seja, R\$ 121.902.553,88. Destaca que, deste valor, R\$ 63.722.115,95 é despesa vinculada ao FUNDEB e R\$ 58.180.437,93 constitui-se em despesa não vinculada ao FUNDEB.



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

Acentua que, de acordo com a planilha elaborada pelo SIOPE, apurou-se o total de gastos em despesas com educação infantil e ensino fundamental com verbas do FUNDEB no valor de R\$ 65.080.818,60 e com recursos extra-FUNDEB no valor de R\$ 59.305.894,06.

Anui que do valor de R\$ 59.305.894,06 devem ser decotados os valores inscritos em “restos a pagar” de 2009, que foram cancelados em 2010 no importe de R\$ 680.843,03, fazendo com que os recursos extra-FUNDEB aplicados no ensino infantil e fundamental alcancem a cifra de R\$ 58.625.051,03, sendo o valor total de gastos no importe de R\$ 123.705.869,63, alcançando-se o percentual de 25,09%.

Sustenta que a metodologia de cálculo do SIOPE induz ao falso resultado de 24,84%.

Primeiro, porque o art. 21, §2º, da Lei nº 11.494/2007, garante a possibilidade de que 5% dos recursos recebidos à conta do Fundo poderão ser utilizados até o primeiro trimestre do exercício imediatamente subsequente, mediante a abertura de crédito adicional. Alega que o Município de Diadema recebeu do FUNDEB o valor de R\$ 65.922.725,54, o qual, acrescido do resultado da aplicação financeira (R\$ 362.538,46), chega-se ao montante de R\$ 66.285.264,00, sendo que, pela regra mencionada, somente era necessária a aplicação de R\$ 62.971.000,80 no exercício de 2010, que corresponde a 95% do valor total. Ressalta que, mesmo assim, o Município gastou R\$ 65.080.818,60.

Segundo, porque devem ser afastadas deduções realizadas pelo cálculo do SIOPE. Aduz que o valor deduzido não pode ser no importe de R\$ 2.200.609,59, referente à diferença entre R\$ 63.722.155,95 (contribuição do Município para o FUNDEB) e R\$ 65.922.725,54 (transferência do FUNDEB para o Município). Diz que a apuração do valor a ser deduzido não poderia considerar o valor total da transferência (R\$ 65.922.725,54), mas o valor da despesa efetivada com os recursos do



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

FUNDEB (R\$ 65.080.818,60). Afirma que deve-se apurar a diferença efetiva com recursos do FUNDEB (R\$ 65.080.818,60) e o valor da contribuição ao FUNDEB (R\$ 63.722.115,95) e subtrair do resultado o valor correspondente à aplicação financeira (R\$ 362.538,46), chegando-se ao valor de dedução no importe de R\$ 996.164,19. Conclui que houve dedução indevida no importe de R\$ 1.204.445,40.

Acresce que o valor referente à despesa com educação infantil (R\$ 64.167.299,41) foi obtido sem que se levasse em consideração a possibilidade do cômputo no primeiro trimestre de 2011 do valor correspondente à receita transferida do FUNDEB ao Município, conforme a faculdade prevista no mencionado art. 21, §2º, da Lei nº 11.494/2007. Afirma que o valor de R\$ 1.204.445,40, que foi indevidamente deduzido, deve ser somado ao valor da despesa com educação infantil.

Sintetiza dizendo que o FUNDEB transferiu R\$ 65.922.725,54 para o Município de Diadema. Adicionando o valor da aplicação financeira (R\$ 362.538,46), chega-se ao montante de R\$ 66.285.264,00, sendo que o Município somente estava obrigado a despender em 2010 o percentual de 95% desse montante, ou seja, R\$ 62.971.000,80. Embora o Município tenha realizado no próprio exercício de 2010 a despesa de R\$ 64.167.299,41 com educação infantil, o modo como a metodologia SIOPE foi concebida cria uma distorção e induz à falsa conclusão de que o valor aplicado é de apenas 24,84% da receita de impostos, quando, na realidade, é de 25,09%.

Ressalta que tentou obter a retificação dos dados perante o SIOPE, todavia lhe foi respondido no sentido da impossibilidade de se incluir no cálculo do mínimo de 25% as despesas realizadas no primeiro trimestre do exercício seguinte, porquanto somente as despesas liquidadas no próprio exercício poderiam integrar o percentual constitucional. Insurge-se contra a aplicação de Portarias e Manuais da STN em detrimento da Lei nº 11.494/2007.



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

Bate pela incompetência do Ministério da Educação e do FNDE para definir se houve ou não a aplicação do percentual mínimo na educação pelo Município e sustenta que somente ao Tribunal de Contas do Estado é possível tal verificação.

Sustenta a ocorrência de danos ao Município, uma vez que se encontra inscrito negativamente no SIAF-CAUC, o que lhe impede de receber transferências voluntárias da União.

Afirma a presença dos requisitos para a concessão da liminar.

Juntou procuração e documentos (fls. 23/83).

Vieram-me os autos conclusos para decisão.

Sumariados, decido.

É letra do art. 212 da CF/88 que a União aplicará, **anualmente**, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.**

Nesse passo, verifica-se que a letra da Constituição Federal é expressa ao contemplar que a apuração dos gastos dos entes políticos com a manutenção e desenvolvimento do ensino é feita **anualmente**, ou, para adequar-se às normas referentes às finanças públicas, dentro do mesmo exercício financeiro.

Com efeito, estabelece o art. 35, da Lei nº 4.320/64, que pertencem ao exercício financeiro: I - as receitas nele arrecadadas; II - as despesas **nele legalmente empenhadas**.

A rigor, portanto, somente as despesas regularmente empenhadas em determinado exercício financeiro poderiam ser consideradas no percentual constitucional mínimo da educação.

Nada obstante, visando dar maior efetividade ao comando constitucional, a EC nº 14/96 criou o Fundo de Manutenção de Desenvolvimento do Ensino



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

Fundamental e de Valorização, posteriormente regulamentado pela Lei nº 9.424/96, passando o ensino fundamental a ser financiado pelos recursos deste Fundo, de natureza eminentemente contábil, formado com recursos dos Estados, Distrito Federal e Municípios e complementado pela União, se o caso.

Nesse passo, convém ressaltar que o FUNDEF modificou a forma de financiamento do ensino público, porquanto subvinculou uma parcela dos recursos constitucionalmente destinados à Educação ao ensino fundamental.

Malgrado tenha garantido maiores investimentos no ensino fundamental, o FUNDEF *“provocou nos Municípios concretas dificuldades em relação à oferta e à manutenção da educação infantil e da modalidade de ensino para jovens e adultos (EJA). Os recursos vinculados à educação que ficavam de fora da subvinculação do Fundo tornaram-se escassos para suprir a crescente demanda de matrículas nas creches e pré-escolas e para garantir a oferta do ensino fundamental de jovens e adultos, atividades que recaíram essencialmente sobre o Município.”* (in FEIJÓ, Patrícia Collat Bento. *O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB: Aspectos Jurídicos e Administrativos da Implantação do Fundo nos Municípios*. Revista Interesse Público, Ano IX, 2007, nº 41, p. 285-286)

Com a finalidade de se corrigirem as distorções verificadas, foi criado, por intermédio da EC nº 53/2006, o FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - regulamentado pela MP nº 339/2006, a qual o contemplou como “fundo único”, também de natureza contábil, que abarca todas as etapas e modalidades da educação básica. Destaca-se que os recursos do Fundo *“destinam-se ao financiamento de ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica pública, independente da modalidade de educação que está sendo desenvolvida (regular, especial, indígena, profissional,*



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

jovens e adultos), da idade dos alunos, do turno de atendimento ou da localização da escola (rural, urbana, indígena ou quilombola), sendo necessário apenas observar a área de atuação prioritária de cada ente.” (FEIJÓ, op. cit., p. 209)

Patrícia Collat Bento Feijó elenca as principais inovações trazidas pelo FUNDEB:

1º) Não há mais a obrigação de Estados e Municípios destinarem 60% dos recursos referidos no art. 212 da Constituição Federal para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, como era previsto na antiga redação do artigo do ADCT.

2º) A distribuição dos recursos do FUNDEB será feita com base no número de alunos da educação básica e serão computados apenas os alunos matriculados nos respectivos âmbitos de atuação do ente. No caso do Município, serão apenas computados os alunos matriculados na educação infantil e no ensino fundamental de sua rede de ensino.

3º) Muito embora o Fundo destine-se à educação básica, a aplicação de seus recursos está vinculada à área de atuação prioritária do ente. No caso do Município, por exemplo, os recursos poderão ser utilizados exclusivamente nas despesas com educação infantil e com o ensino fundamental, nunca com o ensino médio.

4º) Uma parcela não inferior a 60% do Fundo deve ser utilizada na remuneração dos profissionais do magistério.

Como se sabe, os recursos do Fundo são distribuídos com base no número de alunos da educação básica pública, segundo os dados do último censo escolar.

A regra é no sentido de que os recursos provenientes do Fundo devem ser utilizados dentro do exercício em que foram transferidos, sendo que sua aplicação está restrita às despesas consideradas como de manutenção e desenvolvimento da educação básica, nos termos do art. 70 da Lei nº 9.394/96.



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

Todavia, dispôs o art. 21, §2º, da Lei nº 11.494/2007 que: “Até 5% (cinco por cento) dos recursos recebidos à conta dos Fundos, inclusive relativos à complementação da União recebidos nos termos do § 1º do art. 6º desta Lei, poderão ser utilizados no 1º (primeiro) trimestre do exercício imediatamente subsequente, mediante abertura de crédito adicional.”

Preleciona **Flávio C. de Toledo Júnior** que:

“Na época do Fundo do Ensino Fundamental e ante o vacilo da Lei nº 9.424/96, não estava evidente o uso obrigatório de todo o FUNDEF para o atingimento dos 25% constitucionais. Nessa marcha, aquela sobra, em muitos casos, foi, ano a ano, acumulando-se no caixa estatal e, parte dela pode estar, até hoje, inerte em conta vinculada ou, muito pior que isso, já ter sido desviada para outras áreas governamentais ou servir como manobra para um atual e fictício cumprimento do piso de 25%.

Em tal cenário restou desconsiderado o núcleo central da proposta do Fundo: a aplicação de um mesmo valor anual por aluno de cada Estado.

Diferente, a Lei nº 11.494, de 2007, preceitua que o Fundo da Educação Básica (FUNDEB) seja utilizado no mesmo ano do recebimento, excepcionando, contudo, que 5% possam ser empregados logo no 1º trimestre do ano seguinte (art. 21, caput, §2º).

Não obstante o uso no ano seguinte, tais 5% contam na despesa do ano anterior: o da competência. Se assim não fosse, os Municípios ‘perdedores’ descumpririam o mínimo constitucional, malgrado atenderem, fielmente, à aludida Lei do FUNDEB.

A propósito, esses 5% diferidos vêm restituir o que se denominava, na Contabilidade Pública, período adicional ao exercício financeiro. Segundo João Angélico, ‘período adicional é o tempo acrescentado ao ano financeiro com o objetivo de, nesse período, concluir-se a arrecadação de tributos e o pagamento de despesas relativas ao ano financeiro findo. Pode o período adicional abranger um ou mais meses seguintes ao ano financeiro e, como é óbvio, correm nesse período, concomitantemente, as operações relativas ao ano findo...’ (Contabilidade Pública. São Paulo: Atlas).” (Revista Interesse Público. Editora Fórum. Belo Horizonte. Ano 12. Número 63, Set./Out. 2010)



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

Ressalta o ilustre autor, que a parcela de despesa incluída no período adicional a que se refere o art. 21, §2º, da Lei nº 11.494/2007 deve estar *regularmente liquidada*, sob pena de a Educação não ser suprida com todos os bens e serviços adquiridos no exercício.

Desse modo, vislumbra-se uma exceção bem específica em relação ao art. 35, II, da Lei nº 4.320/64, possibilitando-se a contabilização, como despesa do exercício anterior, para fins aplicação no ensino, das despesas regularmente liquidadas no atual exercício (subsequente).

De efeito, ainda que não me seduzam as argutas ponderações vazadas na inicial acerca das deduções realizadas pelo SIOPE, forçoso reconhecer que, neste juízo de prelibação, exsurge a verossimilhança da alegação do Município, notadamente em relação à possibilidade de cômputo das despesas regularmente liquidadas no período adicional previsto no art. 21, §2º, da Lei nº 11.494/2007.

Sob este enfoque, o Município juntou documentos a fls. 91/111 que comprovam, em tese, os gastos com recursos do FUNDEB no primeiro trimestre de 2011 e que seriam oriundos de recursos do exercício anterior.

Acresça-se, ainda, que não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de que eventual diferença apurada em um determinado exercício financeiro, quanto à aplicação dos recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino, possa ser compensada com o gasto suplementar no exercício seguinte.

Nessa esteira, confira-se o teor da Lei nº 7.348/85:

“Art. 4º Os recursos mencionados no art. 1º desta Lei originar-se-ão:

- a) na União, da receita de impostos que venha a arrecadar;
- b) nos Estados e no Distrito Federal, da receita de impostos que venham a arrecadar, assim como da que lhes seja transferida pela União, por força de mandamento constitucional;



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

c) nos Municípios, da receita de impostos que venham a arrecadar, assim como da que lhes seja transferida pela União e pelos Estados, por força dos respectivos mandamentos constitucionais.

§ 1º Para os fins previstos neste artigo, excluir-se-ão das receitas arrecadadas pela União e pelos Estados e do cálculo dos respectivos percentuais de aplicação as parcelas dos recursos que hajam transferido aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por força das disposições constitucionais.

§ 2º Considerar-se-ão excluídas das receitas de impostos mencionados no caput deste artigo:

a) as operações de crédito por antecipação de receita orçamentária de impostos;

b) as entradas compensatórias, no ativo e passivo financeiros, quando relativas à receita de impostos.

§ 3º Para fixação dos valores correspondentes aos mínimos estabelecidos no art. 1º desta Lei, considerar-se-á a receita estimada na Lei do Orçamento Anual, ajustada, quando for o caso, por lei que autorizar a abertura de créditos adicionais com base no eventual excesso de arrecadação.

§ 4º As diferenças entre a receita e a despesa previstas e as efetivamente realizadas, que resultem no não-atendimento dos percentuais mínimos obrigatórios, serão apuradas e corrigidas no último trimestre do exercício e, ainda havendo ao seu término diferença, esta será compensada no exercício seguinte.”

Impende, outrossim, ressaltar que o E. **Supremo Tribunal Federal**, no julgamento do RE nº 109.938-2/MG, Rel. **Min. Carlos Velloso**, DJe 22.05.2009, sedimentou a possibilidade de que o Município pode compensar a diferença não aplicada na educação em determinado exercício financeiro no exercício seguinte, em acórdão assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. MUNICÍPIO: APLICAÇÃO, NO ENSINO, DO PERCENTUAL DE 25% DA RECEITA PROVENIENTE DE IMPOSTOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE: LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. C.F., art. 127, art. 129, III, art. 212. I - Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. C.F., art. 212. II - Legitimidade ativa



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (C.F., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (C.F., art. 127, art. 129, III). III. - R.E. conhecido e provido. (STF, RE 190938, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 14/03/2006, DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-04 PP-00865)

Consignou o ilustre Relator, **Min. Carlos Velloso**, que o fato de a Constituição Federal estabelecer a sanção de intervenção estadual no Município que descumpra o preceito do art. 212 da CF/88 não tornaria impossível o pedido veiculado em ação civil pública no sentido de que houvesse a compensação no exercício seguinte do percentual faltante, *“dado que a intervenção é ato político patológico, que deve ser evitado”*, e fazendo alusão ao parecer da Procuradoria-Geral da República, pontificou que não procede *“o argumento de que a Carta Magna não teria cogitado de compensação em exercício futuro, tornando o pedido juridicamente impossível. É que, em se tratando de interesses ou direitos difusos, não há outra forma para que seja complementado o percentual anual de 25% (vinte e cinco por cento). A constatação da não aplicação desse percentual mínimo só se faz após o encerramento do exercício, de tal sorte que não há como pleitear-se a complementação em seu curso, o que só pode ocorrer em exercício futuro. Mesmo que em determinado ano o Município ultrapasse o percentual mínimo, nem assim poderá compensar-se desse excesso, para aplicar menos no exercício seguinte: o mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) é considerado ano a ano. A própria Lei nº 7.348/85, já prevendo a possibilidade de aplicação abaixo do percentual mínimo em determinado ano, estabeleceu a compensação no exercício seguinte (art. 4º, §4º), a demonstrar que esse sistema de compensação não é estranho ao ordenamento jurídico nacional.”*

Plasmado o direito à educação como direito fundamental de segunda geração (dimensão), não se pode permitir que a eventual não aplicação do mínimo



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

constitucional no ensino reflita, pura e simplesmente, em sanção política ao Município, quer se cogite da intervenção federal, quer se cogite da vedação às transferências voluntárias estabelecida no art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000.

De efeito, não se pode penalizar a população de determinado Município pela eventual incúria ou desmazelo de seu gestor.

A propósito, ministra-nos a jurisprudência:

“Presença do ‘fumus boni iuris’, uma vez que a jurisprudência tem entendido que, no caso de entidades políticas, há relevância da fundamentação no fato de a inscrição no SIAFI ou CADIN decorrer da ausência de prestação de contas por parte do gestor anterior, pois, nesses casos, em virtude inclusive dos prejuízos à comunidade, quem deve ter o nome inscrito naqueles cadastros é a pessoa natural do prefeito ou do governador, que deixou de prestar contas, e não o Município ou o Estado.” (STJ, RESP 200601673609, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, 15/03/2007)

Há que se estabelecer uma medida que implique na ponderação, na proporcionalidade e efetivação do direito constitucional à educação, possibilitando-se a compensação no exercício posterior, sem olvidar a responsabilização do mau gestor público.

Desse modo, verifica-se que o estabelecimento da penalidade de vedação das transferências voluntárias, em detrimento da medida legal anterior de compensação prevista na Lei nº 7.348/85, constitui violação ao Princípio da Proibição de Retrocesso Social ou da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais.

Ensina **Cristina Queiroz**:

“Concretamente, a ‘proibição do retrocesso social’ determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma ‘lei de protecção’ (Schutzgesetz), a acção do Estado, que se consubstanciava num ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei. Do



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

outro, a garantia de uma proteção efetiva do direito jusfundamental não resulta criada a partir da legislação, antes esse âmbito de proteção vem garantido através da atuação dessa legislação. Nisto consiste o ‘dever de protecção’ jurídico-constitucional, que deve ser pressuposto quer pela administração pública quer pelo poder judicial. Esse ‘dever de protecção’ não reveste a natureza de uma ‘omissão estadual’, antes uma ‘acção positiva’, que se constitui face ao titular do direito como um ‘direito de defesa em sentido material’. Por sua vez, o ‘dever de protecção’, converte-se, face ao titular do direito, num ‘direito de defesa em sentido formal’.” (O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69-70)

Assevera a ilustre doutrinadora que “os preceitos legais que constituem direitos fundamentais continuam a ser derogáveis segundo as regras gerais, sem prejuízo de as posteriores derrogações não poderem restringir o ‘conteúdo essencial’ dos direitos fundamentais já consagrados em lei.” (Idem, p. 70)

É dizer, ainda que se entenda por revogada a Lei nº 7.348/85, o “núcleo essencial” de proteção ao direito à educação nela estampado e que possibilita, **positivamente**, a compensação dos gastos em exercício posterior, deve ser preservado em detrimento da nova legislação que simplesmente dispõe sobre penalidades ao ente político.

Sem dúvida, esta a solução que melhor empresta efetividade aos comandos dos arts. 205 e 227 da CF/88.

Nessa esteira, ensina **José Afonso da Silva**:

*“A norma, assim explicitada – ‘A educação, direito de todos e dever do Estado e da família [...]’ (arts. 205 e 227) – significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, **hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua**”*



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

plena e efetiva realização.” (grifo nosso) (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 313)

Indo além, a percuciente afirmação de **Paulo Bonavides**: “*Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se.*” (*Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 592)

No ponto, sua *concretização* depende da aplicação da solução que melhor prestigie e assegure a prestação do serviço à população e não aquela que simplesmente pune com novas privações financeiras.

Daí resulta a plausibilidade do direito invocado pelo Município.

Não bastasse, são evidentes os prejuízos decorrentes de eventual apuração errônea do percentual de gastos no ensino. Isso porque dispõe o art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000 que:

“Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

[...]

IV - comprovação, por parte do beneficiário, de:

a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;

b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;

[...]

§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.

§ 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.”



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

Destarte, a ausência de comprovação do cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde acarreta a impossibilidade do Município receber transferências voluntárias, à exceção das relativas às ações de educação, saúde e assistência social.

Nem se diga que o fato de o Município estar incluído em cadastro de restrição a crédito não o impede de manter convênios para a promoção de ações sociais ou em faixa de fronteira, com base no art. 25, parágrafo 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal e no art. 26, parágrafo 2º, Lei 10.522/02; porquanto é de trivial sabença que as responsabilidades atualmente assumidas pelo Município em nosso modelo federativo em muito ultrapassam as competências administrativas vinculadas constitucionalmente, não sendo raras as hipóteses em que o Município atua suprindo a ineficiência do Estado e até mesmo da União na prestação de serviços essenciais à população.

Ademais, não se pode dizer que um convênio no qual esteja previsto determinado recurso à cultura ou mesmo à melhoria do sistema viário seja, por vezes, menos importante que as ações nas quais são atrelados recursos constitucionalmente.

Com efeito, diante da escassez financeira e orçamentária, qualquer verba que seja resultado da cooperação que deve pautar o sistema federativo e que resulte em benefício à população deve ser preservada e garantida sua aplicação, reservando-se as medidas punitivas aos administradores e não ao ente político.

A propósito, confira-se:

**E M E N T A: CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO (CAUC)
- INCLUSÃO, NESSE CADASTRO FEDERAL, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - CONSEQÜENTE IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA, EM VIRTUDE DA ALEGADA INADIMPLÊNCIA ESTADUAL QUANTO A TRIBUTOS DEVIDOS À UNIÃO FEDERAL (PASEP)
- EXISTÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA -**



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE "PERICULUM IN MORA" - RISCO À NORMAL EXECUÇÃO, NO PLANO LOCAL, DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS À COLETIVIDADE - LITÍGIO QUE SE SUBMETE À ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HARMONIA E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS E A UNIÃO FEDERAL - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO - POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, DE CONFLITO FEDERATIVO - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA - DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. - A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, "f"), atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, "f", da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO DE ESTADO-MEMBRO NO CAUC/SIAFI, COM O OBJETIVO DE NÃO FRUSTRAR A REGULAR PRESTAÇÃO, NO PLANO LOCAL, DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS. A inscrição no registro federal concernente a entidades e instituições inadimplentes, mais do que simplesmente afetar, compromete, de modo irreversível, a prestação, no plano local, de serviços públicos de caráter primário, além de inviabilizar a celebração de novos convênios, impedindo, assim, a transferência de recursos financeiros necessários ao desenvolvimento e ao fortalecimento de áreas sensíveis, como a saúde, a educação e a segurança públicas. Situação que configura, de modo expressivo, para efeito de outorga de provimento cautelar, hipótese caracterizadora de "periculum in mora". Precedentes. (STF, AC-REF-MC 2327, Rel. Min. CELSO DE MELLO)



Justiça Federal

1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo

Assim sendo, presentes os requisitos atinentes à plausibilidade do direito invocado e do fundado receio de dano irreparável, de rigor se afigura o deferimento da tutela específica requerida na inicial.

Ao fio do exposto, nos termos do art. 461 do CPC, **defiro a antecipação de tutela específica** para o fim de determinar aos Réus que a pendência referente à aplicação do percentual mínimo na manutenção e desenvolvimento do ensino tocante ao exercício de 2010 não constitua óbice à percepção, pelo Município de Diadema, de transferências voluntárias, devendo tal determinação ser lançada nos respectivos cadastros, para excluir, até final decisão, as limitações impostas.

Citem-se. Intimem-se.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Cumpra-se com **urgência**.

São Bernardo do Campo, 16 de agosto de 2011.

RICARDO UBERTO RODRIGUES

Juiz Federal Substituto