



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5691

Requerente: Procurador-Geral da República

Requerido: Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

Relatora: Ministra Rosa Weber

Financeiro e Educacional. Artigo 21, §§ 4º e 5º, da Resolução nº 238/2012 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Disposições que incluem gastos destinados a cobrir déficit financeiro de regime próprio de previdência dentre as despesas pertinentes à educação. Normas gerais sobre o tema previstas pela Lei federal nº 9.394/1996. Ofensa à competência da União para dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional e para estabelecer normas gerais em matéria de ensino (artigos 22, inciso XXIV; e 24, inciso IX, §§ 2º e 4º, da Constituição). Manifestação pela procedência do pedido formulado pelo requerente.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

A Advogada-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto os §§ 4º e 5º do artigo 21 da Resolução nº 238, de 15 de maio de 2012, do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, a qual “*institui novos mecanismos adequados à fiscalização quanto ao pleno cumprimento do disposto no artigo 212 da Constituição Federal e art. 60 do seu ADCT, bem como nos artigos 26, inciso II, e 27 da Lei Federal nº 11.494/07*”. Eis, em destaque, o teor das normas questionadas:

Art. 21 Os recursos disponíveis nas contas citadas nos art. 8º, 9º, 11, 12, 15 e 16, desta Resolução, deverão ser aplicados diretamente na manutenção e no desenvolvimento do ensino, conforme especificado no art. 70, respeitadas as vedações impostas pelo art. 71, ambos da Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º As despesas com as contribuições previdenciárias de responsabilidade dos entes, incidentes sobre as remunerações dos servidores ativos vinculados ao ensino, poderão ser custeadas com os recursos das respectivas contas bancárias de que trata o *caput* do artigo 21.

§ 2º O cômputo de que trata o § 1º do artigo 21, em relação ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores – RPPS, condiciona-se ao atendimento, por parte do respectivo ente estatal, dos parâmetros, critérios e alíquotas definidas em lei específica, bem como ao limite estabelecido no *caput* do art. 2º, da Lei nº 9.717/98, alterada pela Lei nº 10.887/04;

§ 3º As despesas com inativos e pensionistas, originários da educação, não poderão ser custeadas com os recursos de que trata o *caput* do artigo 21.

§ 4º As despesas com contribuição complementar destinadas a cobrir déficit financeiro do RPPS, estabelecidas na lei complementar estadual 282/2004, no tocante aos inativos e pensionistas originário da educação, custeados com os recursos de que trata o *caput* do artigo 21, serão consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos desta Resolução.

§ 5º Aplica-se a exceção prevista no paragrafo anterior também no âmbito dos municípios que disponham de regime próprio de previdência social, caso haja déficit financeiro no sistema e expressa previsão em lei.

§ 6º O disposto no § 4º do artigo 21 não exime os entes federativos da responsabilidade de respeitarem o limite mínimo de aplicação de sessenta por cento dos recursos provenientes do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Básico e de Valorização do Magistério – FUNDEB, criado pela EC 53/06, e regulamentado pela Lei Federal nº 11.494/07, na remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício, nos termos do art. 22, da Lei Federal nº 11.494/07. (Grifou-se).

O autor sustenta, inicialmente, o cabimento da presente ação direta sob o argumento de que diversos precedentes dessa Suprema Corte autorizariam a utilização dessa via processual para a impugnação de resoluções revestidas de conteúdo normativo primário.

No mérito, o Procurador-Geral da República assevera, em síntese, que as normas questionadas violariam a competência privativa da União para dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional (artigos 22, inciso XXIV; e 24, inciso IX, §§ 2º e 4º, da Carta Maior¹), uma vez que incluiriam “*despesas com contribuições complementares destinadas a cobrir déficit financeiro de regime próprio de previdência (RPPS) de servidores aposentados e pensionistas originários da área da educação como despesa com manutenção e desenvolvimento de ensino*” (fl. 04 da petição inicial).

¹ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;”

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

(...)

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

(...)

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

Nessa linha, menciona que a União, no exercício da competência legislativa prevista no artigo 22, inciso XXIV, da Constituição, editou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), a qual estabeleceria, em seus artigos 70 e 71, as despesas consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino, dentre as quais não se incluiriam os gastos com contribuições para cobrir o *deficit* do regime próprio de previdência social.

Nesse contexto, alega que a definição sobre as despesas que podem ser reputadas como de manutenção e desenvolvimento do ensino constituiria tema de interesse geral, de modo que demandaria tratamento uniforme em todo o País, inserindo-se, por conseguinte, no âmbito da competência privativa da União.

De acordo com o requerente, *“o docente, quando passa à inatividade, em regra, rompe vínculo de ordem estatutária com a administração pública ou contratual com empregador. Passa a vincular-se a regime previdenciário (próprio, para servidores públicos; geral, para empregados da iniciativa privada), cujas despesas são custeadas por contribuições para a seguridade social (contribuição previdenciária). Os vínculos funcionais e previdenciário são autônomos”* (fl. 07 da petição inicial).

Nessa linha, esclarece que as despesas com contribuições destinadas a cobrir *deficit* financeiro de regime próprio de previdência não poderiam ser consideradas como despesas para manutenção e desenvolvimento do ensino, em observância à destinação constitucional estabelecida nos artigos

212 da Constituição Federal² e 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³. Conclui, diante disso, que “*encargo previdenciário relacionado a inativos e pensionistas da rede estadual ou municipal de educação não são despesa com ensino, mas responsabilidade previdenciária do ente da federação*” (fl. 09 da petição inicial).

Com esteio nesses argumentos, o autor pede a suspensão cautelar das normas atacadas e, no mérito, a declaração da sua inconstitucionalidade.

O processo foi despachado pela Ministra Relatora Rosa Weber, que, nos termos do rito previsto pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, solicitou informações aos requeridos, bem como determinou a oitiva da Advogada-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo alegou, em sede preliminar, que a questão suscitada pelo requerente seria de ofensa meramente indireta ao Texto Constitucional, o que inviabilizaria o conhecimento da presente ação direta. Aduziu, ademais, que, caso seja julgado procedente o pedido formulado pelo autor, a declaração da invalidade das normas impugnadas implicaria a repriminção de disposições com conteúdo idêntico, razão pela qual não haveria, na espécie, interesse de agir.

² “Art. 212. 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.”

³ “Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: (...)”

No mérito, o requerido afirmou que o artigo 6º, § 1º, alínea “g”, da Lei federal nº 7.348, de 24 de julho de 1985⁴, autorizaria, de modo expresso, que sejam consideradas como despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino os gastos que “*decorram da manutenção de pessoal inativo estatutário originado das instituições de ensino em razão de aposentadoria*”.

Considerando a superveniência da Constituição de 1988 e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), argumentou que, “*havendo dubiedade na legislação de regência, não se pode inquirar de inconstitucional a interpretação dada ao tema sub judice pela Resolução TCES n. 238/2012, já que o aporte previdenciário nada mais representa que um encargo social destinado a fazer frente à remuneração (leia-se: proventos) devida aos profissionais da educação em situação de inatividade funcional*” (fl. 14 das informações do requerido).

Nesse contexto, concluiu que, dada a ausência de vedação legal quanto à utilização de verbas do fundo de manutenção e desenvolvimento do ensino para pagamento de pensionistas e de inativos, deveriam ser consideradas constitucionais as normas sob investida.

Ademais, destacou que caberia ao Tribunal de Contas atentar para a necessidade de preservação do equilíbrio fiscal do respectivo ente federado, o que justificaria a utilização das verbas da maneira prevista na Resolução TCE nº

⁴ “Art. 6º Os recursos previstos no caput do art. 1º desta Lei destinar-se-ão ao ensino de todos os graus regular ou ministrado pela via supletiva amplamente considerada, aí incluídas a educação pré-escolar, a educação de excepcionais e a pós-graduação.

§ 1º Consideram-se despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino todas as que se façam, dentro ou fora das instituições de ensino, com vista ao disposto neste artigo, desde que as correspondentes atividades estejam abrangidas na legislação de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e sejam supervisionadas pelos competentes sistemas de ensino ou ainda as que:

(...)

g) decorram da manutenção de pessoal inativo, estatutário, originário das instituições de ensino, em razão de aposentadoria.”

238/2012. Nesse sentido, mencionou, ainda, o desempenho do Estado-membro na área de educação, com o intuito de demonstrar a correta aplicação dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

Por fim, postulou que seja julgado improcedente o pedido do autor e, subsidiariamente, a modulação dos efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade das disposições sob investiva, de modo que sejam preservadas as situações já consolidadas, sem necessidade de recomposição do percentual mínimo dos períodos pretéritos.

O Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo e o Sindicato dos Trabalhadores e Servidores Públicos do Espírito Santo solicitaram seu ingresso no feito na condição de *amici curiae*.

Na sequência, vieram os autos para manifestação da Advogada-Geral da União.

II – DO MÉRITO

Conforme relatado, o requerente sustenta que as normas questionadas, ao considerarem como gastos pertinentes à educação as despesas destinadas a cobrir *deficit* financeiro de regime próprio de previdência, vulnerariam a competência legislativa da União para dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional, bem como para estabelecer normas gerais em matéria de ensino (artigos 22, inciso XXIV; e 24, inciso IX, §§ 2º e 4º, da Constituição), além de ofenderem os artigos 212, *caput*, da Carta Republicana e 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Sobre o tema, dispõe o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição

Federal que compete, privativamente, à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. O conjunto normativo referente à matéria abrange, também, a regra inserta no artigo 24, inciso IX, da Carta, que atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência para legislar, concorrentemente, sobre educação. Confira-se a redação dos referidos dispositivos constitucionais:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

Conforme assevera José Afonso da Silva⁵, “*essa competência concorrente para legislar sobre a educação ajuda a esclarecer o disposto no art. 22, inciso XXIV, que dá competência à União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (...). Seja como for, com a competência aqui indicada fica claro que em matéria de educação cabe à União estabelecer normas gerais (diretrizes e bases), e aos Estados e Distrito Federal normas suplementares*”.

Desse modo, cabe à União definir as normas gerais sobre educação, competência, essa, que foi exercida, especialmente, mediante a edição da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), ao passo que aos Estados e Distrito Federal incumbe cuidar das especificidades relacionadas ao tema, adaptando à realidade local o que deve ser cumprido nos termos da legislação nacional.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 279.

Nesse sentido, aliás, decidiu esse Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3669. Veja-se a ementa do referido julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 3.694, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2005, QUE REGULAMENTA O § 1º DO ART. 235 DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL QUANTO À OFERTA DE ENSINO DA LÍNGUA ESPANHOLA AOS ALUNOS DA REDE PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. AUSÊNCIA DE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **1. Competência concorrente entre a União, que define as normas gerais e os entes estaduais e Distrito Federal, que fixam as especificidades, os modos e meios de cumprir o quanto estabelecido no art. 24, inc. IX, da Constituição da República, ou seja, para legislar sobre educação.** 2. O art. 22, inc. XXIV, da Constituição da República enfatiza a competência privativa do legislador nacional para definir as diretrizes e bases da educação nacional, deixando as singularidades no âmbito de competência dos Estados e do Distrito Federal. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI nº 3669, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 18/06/2007, Publicação em 29/06/2007; grifou-se).

Dentre as normas gerais previstas pela Lei federal nº 9.394/1996, extrai-se a definição tanto das despesas consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para efeito do cumprimento dos limites mínimos previstos pelo artigo 212, *caput*, da Constituição Federal, como dos gastos destituídos dessa condição. Confira-se, a propósito, o teor dos artigos 70 e 71 da referida lei federal:

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.

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;

II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;

III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;

IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;

V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;

VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Como se nota, são consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, as quais estão compreendidas no artigo 70 da Lei nº 9.394/1996, merecendo especial destaque, na espécie, os gastos que se destinam à *“remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação”* (artigo 70, inciso I, da Lei nº 9.394/1996).

A esse respeito, cumpre ressaltar que a Lei federal nº 11.494, de 20 de junho de 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, quando determina a utilização de pelo menos 60% (sessenta por

cento) dos recursos anuais totais dos fundos para o pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica, define “*remuneração*” como “*o total de pagamentos devidos aos profissionais do magistério da educação, em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, Distrito Federal ou Município, conforme o caso, inclusive os encargos sociais incidentes*”. Confira-se o teor dos artigos 21 a 23 da referida lei federal:

Art. 21. Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de complementação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no art. 70 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§ 1º Os recursos poderão ser aplicados pelos Estados e Municípios indistintamente entre etapas, modalidades e tipos de estabelecimento de ensino da educação básica nos seus respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal.

§ 2º 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.

Art. 22. Pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, considera-se:

I - remuneração: o total de pagamentos devidos aos profissionais do magistério da educação, em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, Distrito Federal ou Município, conforme o caso, inclusive os encargos sociais incidentes;

II - profissionais do magistério da educação: docentes, profissionais que oferecem suporte pedagógico direto ao exercício da docência: direção ou administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão, orientação educacional e coordenação pedagógica;

III - efetivo exercício: atuação efetiva no desempenho das atividades

de magistério previstas no inciso II deste parágrafo associada à sua regular vinculação contratual, temporária ou estatutária, com o ente governamental que o remunera, não sendo descaracterizado por eventuais afastamentos temporários previstos em lei, com ônus para o empregador, que não impliquem rompimento da relação jurídica existente.

Art. 23. É vedada a utilização dos recursos dos Fundos:

I - no financiamento das despesas não consideradas como de manutenção e desenvolvimento da educação básica, conforme o art. 71 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996;

II - como garantia ou contrapartida de operações de crédito, internas ou externas, contraídas pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios que não se destinem ao financiamento de projetos, ações ou programas considerados como ação de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica. (Grifou-se).

Desse modo, constata-se que o ente central, no exercício de sua competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, fixou as despesas consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino, abrangendo nessa categoria, no que diz respeito ao pagamento de pessoal, apenas os gastos com *“remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação”* (artigo 70, inciso I, da Lei nº 9.394/1996), ou seja, com os *“pagamentos devidos aos profissionais do magistério da educação, em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função”* (artigo 22, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 11.494/2007).

Em outros termos, o artigo 70, inciso I, da Lei nº 9.394/1996 considera como despesas referentes à manutenção e desenvolvimento do ensino os gastos com o pagamento de pessoal em efetivo exercício do cargo, uma vez que estão vinculados à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, restando excluídas dessa caracterização as despesas com contribuições complementares destinadas a cobrir *deficit* financeiro de regime próprio de previdência.

Na espécie, entretanto, a Resolução nº 238/2012 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo permite que parcela da verba destinada à manutenção e ao desenvolvimento do ensino seja utilizada para cobrir *deficit* financeiro existente no respectivo regime próprio de previdência social, destinando-a, desse modo, ao pagamento de inativos e pensionistas originários da educação.

A impossibilidade de utilização de verbas destinadas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino para despesas de caráter previdenciário é confirmada pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação, consoante se observa do seguinte trecho das INFORMAÇÕES n. 00369/2017/CONJUR-MEC/CGU/AGU (documento anexo):

19. Observa a SASE⁶ que, para que possam ser remunerados com recursos do Fundo esses profissionais deverão atuar na educação básica pública, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição⁷. Além do mais, a cobertura destas despesas poderá ocorrer, tanto em relação aos profissionais integrantes do Regime Jurídico Único do Estado ou Município, quanto aos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, além daqueles que se encontram, formal e legalmente, contratados em caráter temporário, na forma da legislação vigente. Ou seja, estão incluídos todos os profissionais da educação básica pública, sem distinção de etapa, modalidade ou vínculo. **Mas a condição necessária é que todos os profissionais estejam em efetivo exercício na educação básica pública.**

20. Ressalta que a Meta 17 do Plano Nacional de Educação (PNE), estabelecido pela Lei nº 13.005/2014, trata da valorização dos profissionais do magistério das redes públicas de educação básica de forma a equiparar seu rendimento médio ao dos demais profissionais com escolaridade equivalente. É um objetivo que está diretamente ligado à política de valorização estabelecida pelo piso salarial

⁶ Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino.

⁷ “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

(...)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.”

profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, regido pela Lei nº 11.738/2008.

21. Assim, **o pagamento de servidores aposentados e pensionistas com dinheiro do FUNDEB, observa a SASE, implicaria na diminuição dos recursos utilizados para os repasses aos Estados e Municípios, a título de apoio financeiro para integralização do valor do piso salarial, na forma disposta no Art. 4º da Lei do Piso.**

(...)

23. Assim, **entende a SASE que, há um impedimento de se utilizar recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação para pagamento de inativos, mesmo que, quando na ativa, estes estivessem atuando na educação básica ou que façam parte de regime próprio de previdência.**

24. Pelos argumentos acima apresentados, posiciona-se a SASE *de maneira contrária a inclusão do aporte para cobrir déficit do regime próprio de previdência de inativos e pensionistas como despesa com manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos da Lei nº 9.393/1996.* (Grifos constantes do original).

Sendo assim, cabe às demais unidades federadas cumprir o disposto na legislação nacional de regência, não havendo espaço para inovação legislativa quanto à matéria nos planos estaduais, distrital e municipais.

Dessa forma, constata-se que, ao considerarem como despesas pertinentes à educação, para o fim previsto no artigo 212, *caput*, da Lei Maior, os gastos destinados a cobrir *deficit* financeiro de regime próprio de previdência, as normas estaduais questionadas invadiram a competência legislativa da União para dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional e para estabelecer normas gerais em matéria de ensino (artigos 22, inciso XXIV; e 24, inciso IX, §§ 2º e 4º, da Constituição).

Ressalte-se, nessa linha, que esse Supremo Tribunal Federal reconheceu, em diversos julgados, a inconstitucionalidade formal de normas estaduais que, em afronta à competência legislativa da União, disciplinaram matéria relacionada a “*diretrizes e bases da educação nacional*”. Observe-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. (...) 6. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a **competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas**. 7. **Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da CF/88)**. Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 4º, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005. 8. **A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais - art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996**. 9. Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes freqüentaram e freqüentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores. (ADI nº 2501, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 04/09/2008, Publicação em 19/12/2008; grifou-se);

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 9164/95. ESCOLA PÚBLICA ESTADUAL. ENSINO DE EDUCAÇÃO ARTÍSTICA. FORMAÇÃO ESPECÍFICA PARA O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INICIATIVA PARLAMENTAR. VÍCIO FORMAL. INOCORRÊNCIA. 1. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Iniciativa. Constituição Federal, artigo 22, XXIV. Competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional**. 2. Legislação estadual. Magistério.

Educação artística. Formação específica. Exigência não contida na Lei Federal 9394/96. Questão afeta à legalidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte.

(ADI nº 1399, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 03/03/2004, Publicação em 11/06/2004; grifou-se).

Desse modo, constata-se a incompatibilidade das disposições questionadas com o Texto Constitucional.

Cumpre destacar, por derradeiro, o entendimento consolidado dessa Suprema Corte – e reafirmado no julgamento da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 19.10.2009; da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4843, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 03.02.2014; da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 351, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 05.08.2014; e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119, Relator Ministro Dias Toffoli, DJ de 28.03.2014 – no sentido da autonomia da Advogada-Geral da União para se contrapor à constitucionalidade das normas submetidas ao seu exame, na jurisdição concentrada de constitucionalidade, notadamente quando houver precedente no mesmo sentido.


III – DA CONCLUSÃO

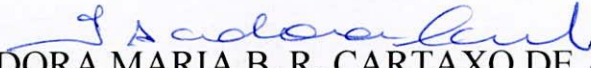
Por todo o exposto, a Advogada-Geral da União manifesta-se pela procedência do pedido formulado pelo requerente, devendo ser declarada a inconstitucionalidade dos §§ 4º e 5º do artigo 21 da Resolução nº 238, de 15 de maio de 2012, do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.


São essas, Excelentíssima Senhora Relatora, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, cuja juntada

aos autos ora se requer, e tendo em vista a orientação fixada na interpretação do referido dispositivo nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1616 e nº 2101, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 24.08.2001 e de 15.10.2001, respectivamente, e na questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 19.10.2009.

Brasília, 22 de maio de 2017.


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Advogada-Geral da União


ISADORA MARIA B. R. CARTAXO DE ARRUDA
Advogada da União
Secretária-Geral de Contencioso

p/ 
ANDREA DE QUADROS DANTAS ECHEVERRIA
Advogada da União

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Diretor do Departamento de Controle
Concentrado de Constitucionalidade



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
COORDENAÇÃO-GERAL PARA ASSUNTOS CONTENCIOSOS
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS BLOCO 'L' SALA 720 7º ANDAR PLANO PILOTO 70047-900 BRASÍLIA -
DF (61) 2022-7476/ 2022-7471

INFORMAÇÕES n. 00369/2017/CONJUR-MEC/CGU/AGU

NUP: 00732.001162/2017-57 (REF. 00692.001461/2017-13)

INTERESSADOS: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO TCU/ES E OUTROS

ASSUNTOS: ATOS ADMINISTRATIVOS

Senhor Coordenador-Geral,

1. A Secretaria-Geral de Contencioso, por meio do MEMORANDO n. 00017/2017/DCC/SGCT/AGU, solicita o encaminhamento de subsídios, até o dia **12 de maio de 2017**, para a elaboração de manifestação da Advogada-Geral da União nos autos da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5691**.

2. Informa que o feito foi ajuizado pelo Procurador-Geral da República e tem por objeto o artigo 21, §§ 4º e 5º, da Resolução 238, de 15 de maio de 2012, do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, a qual "*institui novos mecanismos de fiscalização quanto ao pleno cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal e art. 60 do seu ADCT, bem como nos artigos 26, II, e 27 da Lei Federal 11.494/07*".

3. Para melhor compreensão, segue em destaque o teor das normas impugnadas:

Art. 21 Os recursos disponíveis nas contas citadas nos arts. 8º , 9º , 11, 12, 15 e 16 desta Resolução, deverão ser aplicados diretamente na manutenção e no desenvolvimento do ensino, conforme especificado no art. 70, respeitadas as vedações impostas pelo art. 71, ambos da Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º As despesas com as contribuições previdenciárias de responsabilidade dos entes, incidentes sobre as remunerações dos servidores ativos vinculados ao ensino, poderão ser custeadas com recursos das respectivas contas bancárias de que trata o caput do artigo 21.

§ 2º O cômputo de que trata o § 1º do artigo 21, em relação ao Regime Próprio de Previdência – RPPS, condiciona-se ao atendimento, por parte do respectivo ente estatal, dos parâmetros, critérios, alíquotas definidas em lei específica, bem como ao limite estabelecido no caput do art. 2º, da Lei nº 9.717/98, alterada pela Lei nº 10.887/04.

§ 3º As despesas com inativos e pensionistas, originários da educação, não poderão ser custeadas com recursos de que trata o caput do artigo 21.

§ 4º As despesas com contribuição complementar destinadas a cobrir déficit financeiro do RPPS, estabelecidas na lei complementar estadual 282/2004, no tocante a inativos e pensionistas originários da educação, custeados com os recursos de que trata o caput do artigo 21, serão considerados como de manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos desta Resolução.

§ 5º Aplica-se a exceção prevista no parágrafo anterior também no âmbito dos municípios que disponham de regime próprio de previdência social, caso haja déficit financeiro no sistema e expressa previsão em lei (parágrafo acrescentado pela Resolução nº 260/2013 – DOE 22.5.2013).

§ 6º O disposto no § 4º do artigo 21 não exime os entes federativos da responsabilidade de respeitarem o limite mínimo de aplicação de sessenta por cento dos recursos provenientes do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Básico e de Valorização do Magistério –

FUNDEB, criado pela EC 53/06, e regulamentado pela Lei Federal nº 11.494/07, na remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício, nos termos do art. 22 da Lei Federal nº 11.494/07 (§ 5º renomeado para § 6º pela Resolução nº 260/2013 – DOE 22.5.2013).

4. Alega o autor da ação que as normas atacadas afrontam os arts. 22, XXIV (competência legislativa privativa da União para dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional), 24, IX e §§ 2º e 4º (competência da União para editar normas gerais de ensino), 167, IV (não afetação de recursos provenientes de impostos), 212, caput (despesa mínima com manutenção e desenvolvimento da educação), todos da Constituição da República, e o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988, na redação da Emenda Constitucional 53, de 19 de dezembro de 2006 (destinação, pelos entes federativos, de parte dos recursos a que se refere o art. 212, caput, da CR para manutenção e desenvolvimento da educação básica e para remuneração condigna dos trabalhadores da educação).

5. Assim, ressalta que é formal e materialmente inconstitucional o art. 21, §§ 4º e 5º, da Resolução 238, de 15 de maio de 2012, do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

6. Diante da matéria, os autos foram encaminhados à Secretaria de Educação Básica - SEB, à Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino - SASE, à Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica - SETEC, à Subsecretaria de Planejamento e Orçamento - SPO, para fornecerem os subsídios solicitados.

7. A Secretaria de Educação Básica - SEB, encaminhou o Memorando nº 364/2017/CHEFIA/GAB/SEB/SEB, informando que *as competências desta Secretaria acerca de demandas relacionadas ao FUNDEF/FUNDEB foram transferidas para o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, nos termos da Portaria do Ministério da Educação n. 952, de 8 de outubro de 2007.*

8. Assim, informa que encaminhou a demanda ao FNDE, por meio do Ofício nº 296/2017/CHEFIA/GAB/SEB/SEB-MEC.

9. A Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino - SASE, encaminhou a NOTA TÉCNICA Nº 63/2017/DIVAPE/SASE/SASE, apresentando as informações abaixo.

10. É o relatório.

11. No que concerne ao envio da demanda ao FNDE, por parte da SEB, oportuno registrar que o FNDE é uma autarquia federal, com personalidade jurídica própria que, embora vinculada ao Ministério da Educação, não se confunde com a União.

12. Oportuno, ainda, registrar que a Portaria MEC nº 952, de 08 de outubro de 2007, publicada no DOU de 10/10/2007, destina ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, a gestão operacional e administrativa do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valores dos Profissionais do Magistério - FUNDEB. Confira-se, *in verbis*:

Art. 1º Atribuir ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Educação, a responsabilidade pela gestão das atividades operacionais relacionadas ao FUNDEB, previstas nos incisos I, II, III e V do art. 30 da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.

Parágrafo único. As ações a que se referem os incisos IV e VI do art. 30 da Lei nº 11.494/2007 serão implementadas de forma compartilhada entre a Secretaria de Educação Básica - SEB e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.

13. Pois bem. No que tange ao objeto da demanda, observa a SASE que a Resolução do TCE-ES, alvo da ADIn nº 5691, visa instituir novos mecanismos de fiscalização da aplicação dos percentuais mínimos em educação e incluiu despesas com contribuições complementares destinadas a cobrir déficit financeiro de regime próprio de previdência de servidores inativos da educação como despesa com manutenção e desenvolvimento de ensino.

14. Assim, explica que **o Art. 70 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) lista o que se considera como despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino, sendo aquelas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis.** Dentre as quais, resta a que diz respeito a atuação da Diretoria de Valorização dos Profissionais da Educação, que integra a estrutura da Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino - SASE e trata de despesas com remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação.

15. Vejamos, assim, o que dispõe o aludido art. 70 da LDB:

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.

16. Observa-se que segundo o que estabelece o art. 30 e incisos da Lei 11.494, de 20 de junho de 2007, que regulamenta o FUNDEB, **o MEC atuará no apoio técnico relacionado aos procedimentos e critérios de aplicação dos recursos do fundo; na capacitação dos membros dos conselhos; na divulgação de orientações sobre a operacionalização do Fundo e de dados sobre a previsão, a realização e a utilização dos valores financeiros repassados; na realização de estudos técnicos com vistas na definição do valor referencial anual por aluno; no monitoramento da aplicação dos recursos dos Fundos e na realização de avaliações dos resultados da aplicação desta Lei.**

17. De acordo com o **Art. 22 da Lei nº 11.494/2007** (Lei do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB), como bem ressalta a SASE, **são considerados profissionais do magistério aqueles que exercem atividades de docência e os que oferecem suporte pedagógico direto ao exercício da docência, incluídas as de direção ou administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão, orientação educacional e coordenação pedagógica.**

18. Com efeito, o art. 22 da Lei do FUNDEB, assim dispõe:

Art. 22. Pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput deste artigo, considera-se:

I - remuneração: o total de pagamentos devidos aos profissionais do magistério da educação, em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, Distrito Federal ou Município, conforme o caso, inclusive os encargos sociais incidentes;

II - **profissionais do magistério da educação**: docentes, profissionais que oferecem suporte pedagógico **direto ao exercício da docência**: direção ou administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão, orientação educacional e coordenação pedagógica;

III - **efetivo exercício**: **atuação efetiva no desempenho das atividades de magistério previstas no inciso II** deste parágrafo associada à sua regular vinculação contratual, temporária ou estatutária, com o ente governamental que o remunera, **não sendo descaracterizado por eventuais afastamentos temporários** previstos em lei, com ônus para o empregador, que não impliquem rompimento da relação jurídica existente. (grifamos)

19. Observa a SASE que, para que possam ser remunerados com recursos do Fundo esses profissionais **deverão atuar** na educação básica pública, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição. Além do mais, a cobertura destas despesas poderá ocorrer, tanto em relação aos profissionais integrantes do Regime Jurídico Único do Estado ou Município, quanto aos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, além daqueles que se encontram, formal e legalmente, contratados em caráter temporário, na forma da legislação vigente. Ou seja, estão incluídos todos os profissionais da educação básica pública, sem distinção de etapa, modalidade ou vínculo. **Mas a condição necessária é que todos os profissionais estejam em efetivo exercício na educação básica pública.**

20. Ressalta que a Meta 17 do Plano Nacional de Educação (PNE), estabelecido pela Lei nº 13.005/2014, trata da valorização dos profissionais do magistério das redes públicas de educação básica de forma a equiparar seu rendimento médio ao dos demais profissionais com escolaridade equivalente. É um objetivo que está diretamente ligado à política de valorização estabelecida pelo piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, regido pela Lei nº 11.738/2008.

21. Assim, **o pagamento de servidores aposentados e pensionistas com dinheiro do FUNDEB, observa a SASE, implicaria na diminuição dos recursos utilizados para os repasses aos Estados e Municípios, a título de apoio financeiro para integralização do valor do piso salarial, na forma disposta no Art. 4º da Lei do**

Piso.

22. Ressalta que o Ministério da Educação tem realizado seu papel de Órgão de Estado da Federação, pelo qual, no que diz respeito ao Plano Nacional de Educação, sua missão é coordenar a política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas no exercício de sua função normativa e para a prestação de assistência técnica e financeira aos estados, municípios e Distrito Federal, em benefício da sociedade.

23. Assim, entende a SASE que, **há um impedimento de se utilizar recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação para pagamento de inativos, mesmo que, quando na ativa, estes estivessem atuando na educação básica ou que façam parte de regime próprio de previdência.**

24. Pelos argumentos acima apresentados, posiciona-se a SASE *de maneira contrária a inclusão do aporte para cobrir déficit do regime próprio de previdência de inativos e pensionistas como despesa com manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos da Lei nº 9.393/1996.*

25. Diante do exposto, recomendo o encaminhamento das informações acima à **Secretaria-Geral de Contencioso/Departamento de Controle Concentrado**, com urgência, em atenção ao Memorando nº 00017/2017/DCC/SGCT/AGU, tendo em vista a exiguidade do prazo, registrando que caso os demais órgãos técnicos deste Ministério apresentem subsídios, os mesmos serão encaminhados como complementação.

À consideração de V.Sa.

Brasília, 10 de maio de 2017.

ADRIENNE PINHEIRO DA ROCHA LIMA DE MELO

Advogada da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00732001162201757 e da chave de acesso 085fd907

Documento assinado eletronicamente por ADRIENNE PINHEIRO DA ROCHA LIMA DE MELO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 42790627 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ADRIENNE PINHEIRO DA ROCHA LIMA DE MELO. Data e Hora: 11-05-2017 15:29. Número de Série: 5099134326601061797. Emissor: AC CAIXA PF v2.
