

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 648 BAHIA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
AUTOR(A/S)(ES) : ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
RÉU(É)(S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Inicialmente, impende cumprimentar os nobres causídicos que assomaram a Tribuna a fim de trazer elementos técnicos relevantes ao deslinde da controvérsia federativa pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, gostaria de render minhas homenagens ao E. Ministro Relator pela firme instrução processual no curso de anos desde o ajuizamento das presentes ações, o que ora nos viabiliza a análise jurídica em sede plenária.

Nesse sentido, acompanho o duto relatório previamente distribuído aos pares, por ocasião da indicação do processo para julgamento, inclusive com as retificações as quais abarcaram fatos supervenientes.

Senhora Presidente, trago à baila voto único acerca das ações cíveis originárias ajuizadas pelo Estado da Bahia, Amazonas, Sergipe e Rio Grande do Norte, todas de relatoria de Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio, por compreendê-las em tudo similares.

Trata-se de pleito indenizatório e imposição de obrigação de fatos positivo e negativo relacionados ao suposto erro de cálculo nas verbas devidas pela Ré aos Autores, a partir do exercício financeiro de 1998, a título de complementação financeira, nos casos em que os recursos estaduais vertidos ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério forem inferiores ao valor mínimo anual por aluno fixado nacionalmente pela Presidência da República.

Sendo assim, a controvérsia deduzida em juízo cinge-se à

legalidade do Decreto 2.264/1997, anualmente atualizado, editado pelo Presidente da República para definir o Valor Mínimo Nacional por Aluno (VMNA), em confronto ao §1º do art. 6º da Lei 9.424/1996, por sua vez regulamentação do §7º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em termos mais específicos, controverte-se acerca da forma de cálculo do VMNA, notadamente se a base de cálculo deste deve contemplar a previsão da receita total para o Fundef e matrículas totais e novas em âmbito estadual, ou se a fixação deve considerar os mesmos elementos em termos nacionais.

Ainda no plano descritivo, verifica-se que o Estado da Bahia pleiteou danos morais em 20% da eventual condenação, uma vez que a perda das receitas federais acarretou *"sentimento de frustração política, social, econômica e culturais, causado pelo retardamento ou pelo aviltamento, na mesma proporção, da realização dos objetivos políticos, sociais, econômicos e culturais que o Povo da Bahia esperava e espera ansiosamente do investimento maciço de recursos no ensino fundamental."*

Em todas as demandas, houve pedidos de tutela antecipada que foram indeferidos inicialmente pelo Relator e posteriormente as decisões interlocutórias foram referendas por este Tribunal Pleno.

No entanto, na ACO 648, foi aviada a AC 93, requerendo a suspensão dos efeitos do Ofício Circular 54/2003 da STN/Cofin, do Ministério da Fazenda, com consequente dedução dos valores devidos ao Estado da Bahia no âmbito do Fundef, o que foi referendado por corrente majoritária formada no Pleno.

Nas ACOs 660 e 700 foram produzidos laudos periciais no curso da instrução probatória.

Passo ao exame da matéria de fundo.

Inicialmente, impende reproduzir o arcabouço normativo relevante ao caso. A EC 14/1996 descentralizou uma série de atribuições do governo central na realização de políticas públicas educacionais, ao delinear em nível constitucional, as funções dos entes federados nos parágrafos do art. 211 da Constituição da República, *in verbis*:

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

§1º A união organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, **função redistributiva e supletiva**, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante **assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos Municípios**.

§ 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.

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.”

Seguiu-se, portanto, a tradição de vinculação de receitas públicas à educação, já presentes nas Constituição da República 1934 e 1946, retomada a partir da EC 24/1983 à ordem constitucional anterior, enfatizou a municipalização do ensino fundamental.

Conforme declarado na própria exposição de motivos da Proposta de Emenda à Constituição que lhe deu origem, tratou-se da vertente educacional da Reforma do Estado levada a efeitos na década de 1990, de modo que se buscava melhorar a qualidade das políticas públicas pela via da eficiência, e não pelo aumento de dispêndios.

A esse respeito, convém transladar o art. 60 do ADCT:

“Nos dez primeiros anos da promulgação desta emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, a manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de

assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

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

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

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

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

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

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

§ 7º A lei disporá sobre a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e

controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno."

Em suma, por iniciativa constituinte, descentralizaram-se responsabilidades administrativas, informadas por regulação federal, sem acréscimo de transferências intergovernamentais. Logo, a mudança consistiu na subvinculação de parte das transferências federais aos demais entes federados, com finalidade específica relacionada ao então ensino fundamental.

Anota-se, ainda, que a referida emenda constitucional foi objeto de questionamento neste Tribunal, o qual assentou, por maioria, a inexistência de ofensa à cláusula pétrea no âmbito da ADI 1.749 e respetiva medida cautelar, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti e com acórdão redigido pelo Ministro Nelson Jobim, Tribunal Pleno, assim ementados:

"Liminar indeferida, por insuficiência de relevo jurídico da assertiva de que, ao redistribuir receitas e encargos referentes ao ensino, estaria a promulgação da Emenda nº 14-96 (nova redação do art. 60 do ADCT) a contrariar a autonomia municipal e consequentemente a forma federativa de Estado (art. 60, I, da Constituição)."

"CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 14/96 E LEI Nº 9.424/96. FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO. ATRIBUIÇÃO DE NOVA FUNÇÃO À UNIÃO - REDISTRIBUTIVA E SUPLETIVA DA GARANTIA DE EQUALIZAÇÃO DE OPORTUNIDADES EDUCACIONAIS. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO. NÃO FERIMENTO À AUTONOMIA ESTADUAL. 'CAUSA PETENDI' ABERTA, QUE PERMITE EXAMINAR A QUESTÃO POR FUNDAMENTO DIVERSO DAQUELE ALEGADO PELO REQUERENTE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE MOSTRA

POSSÍVEL, PORQUE SE ATACARIA O ACESSÓRIO E NÃO O PRINCIPAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA.”

Após a edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996), a União instituiu o Fundef, por meio da Lei 9.424/1996, isto é, fundo financeiro de natureza contábil e sem personalidade jurídica, gerido pela União, composto por 15% do ICMS e do IPI-exportação arrecadados, assim como o mesmo percentual para fundos de participação obrigatórios (FPE e FPM) e resarcimento da União pela Desoneração de Exportações decorrentes do Fundo Kandir. Por fim, também integram o Fundef a complementação da União no caso de aporte estadual aquém do VMAA.

Eis o teor do art. 6º da Lei 9.424/1996:

“A União complementará os recursos do Fundo a que se refere o art. 1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

§1º O valor mínimo anual por aluno, ressalvado o disposto no §4º, será fixado por ato do Presidente da República e nunca será inferir à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, observado o disposto no art. 2º, §1º, incisos I e II.”

Por sua vez, o Decreto 2.264/1997 regulamentou a lei supracitada, reproduzido abaixo o que interessa à definição da forma de cálculo:

“Art. 2º O valor destinado ao Fundo de Manutenção e desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério em cada Unidade da Federação será creditado em contas individuais e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos respectivos Municípios, mediante aplicação de coeficientes de distribuição a serem fixados

anualmente.

§) 1º Para o estabelecimento dos coeficientes de distribuição serão considerados:

a) o número de alunos matriculados nas escolas cadastradas das respectivas redes de ensino, apurado no Censo Escolar do exercício anterior ao da distribuição, considerando-se para este fim as matrículas da 1º à 8º séries do ensino fundamental regular;

(...)

Art. 3º Compete ao Ministério da Fazenda efetuar o cálculo da complementação anual devida pela União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização Magistério em cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º O cálculo da complementação da União em cada ano terá como base o número de alunos de que trata o § 1º do Art. 2º deste Decreto, o valor mínimo por aluno, definido nacionalmente, na forma do art. 6º, da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e a arrecadação das receitas vinculadas ao Fundo.

§ 2º A complementação anual da União corresponderá a diferença, se negativa, entre a receita anual do Fundo em cada Unidade da Federação e o valor mínimo da despesa definida para Fundo no mesmo ano.

§ 3º As planilhas de cálculo da estimativa de complementação da União serão remetidas previamente ao conhecimento do Tribunal de Contas da União.

§ 4º Até o dia 31 de dezembro de cada ano o Ministério da Fazenda publicará o valor da estimativa da complementação da União para o ano seguinte, relativa a cada Unidade da Federação, bem como o respectivo cronograma de pagamentos mensais ao Fundo.

§ 5º Após encerrado cada exercício, o Ministério da Fazenda calculará o valor da complementação devida pela União com base na efetiva arrecadação das receitas vinculadas ao Fundo, relativa ao exercício de referência.

§ 6º O Ministério da Fazenda promoverá os ajustes que se

fizerem necessários entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em decorrência do cálculo da complementação efetivamente devida, até 30 dias após a entrega, ao Ministério da Fazenda, dos dados oficiais relativos a arrecadação anual do ICMS do exercício encerrado, de todos os Estados e do Distrito Federal.

§ 7º Nenhum ajuste relacionado com o pagamento da complementação da União será admitido ao longo do respectivo exercício de competência.

§ 8º O cronograma de que trata o § 4º deste artigo observará a programação financeira do Tesouro Nacional e contemplará pagamentos mensais de, no mínimo, 5% da estimativa de complementação anual, a serem realizados até o último dia útil de cada mês, assegurados os repasses de, no mínimo, 45% até 31 de julho e 85% até 31 de dezembro de cada ano.

§ 9º Parcela do valor da complementação devida pela União poderá ser destinada, em cada ano, ao ajuste de que trata o § 6º deste artigo.

§ 10 Estimativa da Complementação de que trata este artigo será efetuada pelo Ministério da Educação e do Desporto e a Secretaria de Orçamento Federal, do Ministério do Planejamento e Orçamento para fins de inclusão na proposta orçamentária do ano subsequente.

§ 11 O Ministério da Fazenda informará mensalmente ao Ministério da Educação e do Desporto e ao Tribunal de Contas da União os valores repassados a cada Fundo de que trata este Decreto, discriminando a complementação federal."

Por outro lado, o STF já se manifestou acerca da infraconstitucionalidade da controvérsia em tela no bojo do RE-RG 636.978, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 31.08.2001, cuja ementa translada-se:

"RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. FUNDEF. Cálculo do valor mínimo nacional por aluno. Tema

infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno (VMNA) a ser repassado ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), versa sobre tema infraconstitucional."

Por conseguinte, esta demanda traduz-se em contencioso de mera legalidade, a partir do cotejo analítico entre o decreto regulamentador e Lei 9.424/1996, cuja cognoscibilidade justifica-se pela instauração de conflito federativo entre Estado-membro e a União, conforme a alínea "f" do inciso I do art. 102 do Texto Constitucional.

Nesse quadro, torna-se imperativo ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça julgou a ilegalidade do Decreto 2.264/1997 em face da legislação federal, sob a sistemática de recurso repetitivo, no REsp 1.101.015, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, j. 26.05.2010, nos seguintes termos:

"ADMINISTRATIVO. FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF. VALOR ANUAL MÍNIMO POR ALUNO - VMAA. FIXAÇÃO. CRITÉRIO: MÉDIA NACIONAL. 1. Para fins de complementação pela União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental - FUNDEF (art. 60 do ADCT, redação da EC 14/96), o "valor mínimo anual por aluno" (VMAA), de que trata o art. 6º, § 1º da Lei 9.424/96, deve ser calculado levando em conta a média nacional. Precedentes. 2. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

Na ocasião, a 1^a Seção daquele E. Tribunal firmou, por unanimidade, a tese de que o VMAA deve ser calculado com esteio nas referências nacionais. Cita-se trecho elucidativo do voto de Sua Excelência o Ministro

Teori Zavascki:

“Do cotejo dos dispositivos acima, infiro que o Decreto 2.264/97, ao regulamentar a Lei 9.424/96, estabeleceu, nos artigos mencionados, como parâmetro para fixação do valor mínimo do FUNDEF, a observância de uma importância intermediária resultante da média de cada valor mínimo alcançado dentro de cada fundo por unidade da federação, exorbitando, assim, do seu poder normativo ao criar limitação não prevista em lei, possibilitando à União a prerrogativa de fixação do valor anual por aluno em valores aquém daqueles que deveriam ser fixados caso fosse observado o comando legal.

E, isto porque, em nenhum momento, a Lei 9.424/96 faz menção a vinte e sete quocientes, mas, sim, a um único método de cálculo do valor mínimo, qual seja, nunca inferior à razão entre a previsão da receita total para o fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas (art. 6º, §1º).

Assim, a interpretação dada pela União para o cálculo da complementação devida aos Municípios, de que o Valor Mínimo Anual por Aluno deve levar em conta a receita e o número de alunos em cada Estado e isoladamente, sob o argumento de que o Fundo é estadual, sem intercomunicação, encontra-se em dissonância com a intenção do legislador que é exatamente a de garantir aos Estados e Municípios mais pobres a condição para ter um sistema educacional de qualidade promovendo a uniformidade do padrão de ensino a fim de diminuir a desigualdade social existente no país e atender um dos objetivos fundamentais da Federação, contido no artigo 3º, III, da CF.

Destarte, ao contrário do por que sustentado pela apelante, não há que se falar em interferência no Princípio Federativo pois, em nenhuma hipótese haverá transferências interestaduais de recursos, na medida em que a fórmula para fixação do Valor Mínimo Nacional deve ser utilizada, tão-somente, como parâmetro para a complementação do Fundo e

nunca como deslocamento de numerário entre os estados federados.

Muito embora o Decreto Presidencial estabeleça que o valor mínimo será fixado por ato do Presidente da República e esse ato seja discricionário, essa discricionariedade não é absoluta, pois se vincula ao limite mínimo legal, aquém do qual não pode ser estabelecido, sendo possível somente sua fixação num patamar superior à média nacional, nunca abaixo desta

(...)

Não há, entretanto, qualquer antinomia de normas, já que a simples adoção de parâmetros nacionais para cálculo da complementação devida pela União de modo algum compromete o caráter regional de cada um dos Fundos. Por outro lado, o modo claro e objetivo como foram estabelecidos normativamente os critérios para apuração do valor dessa complementação, não deixa margem para a fixação, pelo Presidente da República, por critérios de conveniência ou oportunidade.” (grifos nossos)

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União possui o entendimento da nacionalidade da média a ser considerada para fixação do VMAA, conforme se extrai do Acórdão do Pleno 871/2002:

“8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. - firmar entendimento de que:

8.1.1 - o Padrão Mínimo de Qualidade de Ensino a que se refere o § 1º do art. 211 da Constituição Federal e o § 4º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deve atender à definição contida no art. 4º, IX, da LDB e aos parâmetros estabelecidos no art. 13 da Lei nº 9.424/96;

8.1.2 - em decorrência do disposto no § 4º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, após o prazo de cinco anos contados a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 14/96, que expirou em 12/09/2001, o Valor

Mínimo Anual por Aluno a que se refere o art. 6º da Lei nº 9.424/96 deve corresponder ao custo do Padrão Mínimo de Qualidade de Ensino;

8.1.3 - antes de expirado esse prazo, permanecia aplicável a fórmula de cálculo do limite inferior do Valor Mínimo Anual por Aluno estabelecida no § 1º do art. 6º da Lei nº 9.424/96, que deve ser entendida como uma média nacional, correspondente à razão entre o somatório das receitas de todos os Fundos e a matrícula total do ensino fundamental público no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas; e

8.1.4 - a garantia de um valor por aluno correspondente ao Padrão Mínimo de Qualidade de Ensino é responsabilidade conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que, no prazo de cinco anos, a contar da data da promulgação da Emenda Constitucional nº 14, de 12/09/96, deveriam ajustar, progressivamente, suas contribuições ao Fundef, conforme estabelece o § 4º do art. 60 do ADCT.” (grifos nossos)

Portanto, com base nessas opiniões técnicas e no que já expus, em sede monocrática, nas ACOs 683, 701 e 722, de minha relatoria, reitero convicção no sentido da ilegalidade do Decreto 2.264/1997 na medida em que extravasou da delegação legal oriunda do §1º do art. 6º da Lei 9.424/1996, subvertendo a lógica federativa e solidária da norma.

Sendo assim, merece guarida a demanda de recálculo do Valor Mínimo Nacional por Aluno e consequente indenização aos Autores decorrente do montante pago a menor a título de complementação pela Ré no período de vigência do Fundef, isto é, os exercícios financeiros de 1998 a 2007.

Compreendo, ainda, a inviabilidade do pedido de condenação na obrigação de fazer pleiteada, ante a entrada em vigor da EC 23/2006, que instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), ou creditamento em conta específica ao Fundef ora extinto.

Em relação ao pleito de dano moral coletivo do Estado da Bahia,

ACO 648 / BA

entendo-o como inviável, porquanto visa frustração de repasse de verbas é unicamente interesse público secundário da Fazenda Pública, inconfundível, pois, com suposta ofensa aos direitos de personalidade do Povo baiano.

Ante o exposto, acompanha-se o ministro Relator quanto à cognição das demandas, porém diverge-se para dar procedência às presentes ações cíveis originárias, com a finalidade a condenar a parte Ré ao pagamento indenizatório da diferença entre os valores de complementação devidos orçados com espeque no Decreto 2.264/1997 e na fórmula de cálculo apresentada pelas partes Autoras, durante os exercícios financeiros de 1998 a 2007.

De pronto, impende ressaltar que o adimplemento das referidas obrigações 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.

Como consectários legais, incidem os índices de atualização monetária e juros moratórios os fixados no Manual de Cálculos da Justiça Federal (atual Resolução 267 de 2013 do Conselho da Justiça Federal), sobre as parcelas até 2009, a partir de quando o débito deve ser corrigido nos termos do artigo 1º-F da Lei 9.494/97 (com a redação da Lei 11.960/09). Os honorários advocatícios deverão ser fixados após a realização do cálculo aritmético, pro força do inciso II do §4º do art. 85, CPC, (a partir dos elementos fixados nesta decisão, observando as regras próprias de fixação de honorários em face da Fazenda Pública - art. 85, §3º a 7º, CPC/15).

Custas na forma da lei e da Resolução n. 581/2016 STF.