

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 188
DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Sr. Presidente, eminentes pares, anoto que a demanda será decidida mediante a análise da conformidade dos artigos 15, § 1º, da Lei 9.424/96, e 2º, da Lei 9.766/98, na redação que lhes conferiu a Lei 10.832/2003, ao comando do artigo 212, § 6º, da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional 53/2006.

Preliminarmente analiso o cabimento da ADPF.

1. CABIMENTO DA ADPF¹

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que compete a esta Corte realizar o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.

Veja-se, a propósito, a ementa da ADPF-QO 1, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 07.11.2003:

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação

1 Nos termos do voto por mim proferido na ADPF 378, em 17.12.2015.

direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental há de ser "ato do Poder Público" federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial 'quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição'."

Nesse sentido, o ilustre Ministro Gilmar Mendes bem explicitou na ADPF-MC 33 o esforço hermenêutico a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal: *"É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais de um determinado sistema"*.

Ainda nesse importante voto para a construção institucional do controle abstrato de constitucionalidade, o e. Ministro Gilmar Mendes apresenta diretriz para o trabalho que aqui se coloca:

"Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional".

ADPF 188 / DF

Na presente hipótese, com respaldo nas asserções das partes Arguentes e do exposto nos autos é possível inferir potencial violação à forma federativa de Estado (artigos 60, §4º, I, CF), intervenção da União nos Estados para assegurar a aplicação do mínimo exigido na receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (34, VII, 'e'), bem como do direito à educação básica. Tenho, portanto, como admissível a ADPF nesse ponto.

Do mesmo modo, verifica-se estar presente o requisito da subsidiariedade.

Do exposto pelo sempre arguto Ministro Teori Zavascki, relator na ADPF 127, tem-se o seguinte perfil institucional e normativo da presente ação:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi concebida pela Lei 9.882/99 para servir como um instrumento de integração entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, viabilizando que atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como normas pré-constitucionais ou mesmo decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional, viessem a figurar como objeto de controle em processo objetivo. A despeito da maior extensão alcançada pela vertente objetiva da jurisdição constitucional com a criação da nova espécie de ação constitucional, a Lei 9.882/99 exigiu que os atos impugnáveis por meio dela encerrassem um tipo de lesão constitucional qualificada, simultaneamente, pela sua (a) relevância (porque em contravenção direta com paradigma constitucional de importância fundamental) e (b) difícil reversibilidade (porque ausente técnica processual subsidiária capaz de fazer cessar a alegada lesão com igual eficácia.)”.

Além disso, o Plenário desta Corte assim assentou o princípio da subsidiariedade no mérito da precitada ADPF 33, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006:

“13. Princípio da subsidiariedade (art. 4o ,§1o, da Lei no 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. **A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação.**” (grifei)

No caso que se apresenta, alega-se a incompatibilidade das Leis 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e 9.766, de 18 de dezembro de 1998, ambas posteriormente alteradas pela Lei 10.832, de 29 de dezembro de 2003, em face do que dispõe o § 6º do artigo 212 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 53, de 19 de dezembro de 2006, compreendido pelos arguentes como regra a densificar os princípios apontados como violados.

O STF tem entendimento firmado no sentido do não cabimento de ADI ou ADC para impugnar dispositivos anteriores ao parâmetro constitucional apontado como violado, pois se está diante de caso de não recepção ou de revogação da legislação infraconstitucional pela nova ordem constitucional instaurada. Esse raciocínio é empregado inclusive quando se trata de lei anterior a Emenda Constitucional que fixa novo parâmetro de análise da legislação ordinária.

Nesse sentido, transcrevo excerto do voto do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 3.569:

“Ocorre que, desde há muito, assentou o Tribunal que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta.

O mesmo raciocínio é aplicado quando, exercitado o Poder Constituinte derivado, a lei ordinária se torna incompatível com o texto constitucional modificado, não servindo a ADIn para

ADPF 188 / DF

alteração do padrão constitucional: v.g. ADIn 2971, Celso, DJ 18.5.04; ADIn 1717-MC, Sydney, DJ 25.2.00; ADIn 2197, Corrêa, DJ 2.4.04; ADIn 2531-AgR, Velloso, DJ 12.9.03; ADIn 1691, Moreira, DJ 4.4.03; ADIn 1143, Ilmar, DJ 6.9.01; ADIn 799, Gilmar, DJ 17.9.02, ADIn 2055, Moreira, DJ 9.5.03.”

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2/DF, Relator o Ministro Paulo Brossard, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou:

“EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido” (DJ 21.11.1997).

Dada a inexistência de outros meios para se fixar interpretação necessária sobre os dispositivos legais anteriores ao Texto Constitucional, satisfeito está o critério da subsidiariedade previsto no art. 4º, §1º, da Lei 9.882/1999.

Superada a preliminar, antes de entrar propriamente no cerne do

mérito da demanda, vejo por providencial uma breve análise do histórico legislativo da contribuição previdenciária objeto de discussão nesta ADPF.

2. O SALÁRIO-EDUCAÇÃO

A contribuição social denominada de salário-educação foi instituída em 1964 e é cobrada sobre o total das remunerações pagas ou creditadas pelas empresas, a qualquer título, aos segurados empregados, destinando-se à manutenção de programas, projetos e ações voltados para o financiamento da educação básica pública.

A primeira referência que se tem a uma responsabilização das empresas pelo financiamento do ensino foi trazida ao ordenamento pela Constituição Federal de 1946, quando definiu, no art. 168, inciso III, que as empresas com mais de cem empregados eram obrigadas a manter o ensino primário para os “seus servidores e os filhos destes”.

No entanto, a efetividade desse dispositivo só ocorreu com a promulgação da Lei 4.440, de 27 de outubro de 1964, que instituiu o Salário-Educação *“devido pelas emprêsas vinculadas à Previdência Social, representado pela importância correspondente ao custo do ensino primário dos filhos dos seus empregados em idade de escolarização obrigatória e destinado a suplementar as despesas públicas com a educação elementar”* (art. 1º).

Essa lei previa uma contribuição no percentual de 2% sobre o salário mínimo, a ser recolhido pelas empresas em relação a cada empregado, independentemente do estado civil e do número de filhos.

Poucos meses depois, a Lei 4.863, de 29 de janeiro de 1965, regulamentada pelo Decreto 57.902, de 08 de março de 1965, reformulou o percentual e a base de cálculo. Esta passou a ser o valor total da folha de salários e a alíquota foi fixada em 1,4%.

Havia uma isenção prevista na lei às empresas com mais de cem empregados que tivessem ensino primário próprio ou distribuíssem bolsas de estudos aos empregados ou seus filhos, mediante convênios firmados com escolas privadas.

Os valores recolhidos eram distribuídos entre a União e os Estados, sempre observando o retorno do valor proporcionalmente ao Estado que o arrecadou, na forma da lei então vigente.

No decorrer do tempo, a legislação do salário-educação sofreu alterações em várias de suas disposições, ora modificando-se a base de cálculo e alíquotas, ora reformulando-se as isenções e o sistema de bolsas.

Em 1969 o salário-educação foi constitucionalizado (art. 178, da CF/67, com redação dada pela EC 1/69). O Decreto-Lei 1.422/75, que regulamentou o artigo 178, manteve a incidência do salário-educação como um percentual sobre o salário mínimo e delegou ao Executivo a fixação de alíquota (art. 1º e 2º).

O Decreto 87.043/82 majorou a alíquota para 2,5% e previu sua incidência sobre os salários-de-contribuição pagos aos empregados.

Por fim, com o advento da Constituição Federal de 1988, a contribuição social do salário-educação passou a ser prevista no artigo 212², § 5º, e a ser destinada ao financiamento de programas, projetos e

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.

§1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§3º - A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

§4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§5º - A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

§6º - As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.

ADPF 188 / DF

ações voltados para o ensino fundamental. Por sua vez, a Emenda Constitucional 59/2006 ampliou a incidência do financiamento para todo o ensino básico.

A previsão constitucional do artigo 212, § 5º, foi regulamentada pelas Leis 9.424/96, 9.766/98, Decreto 6003/2006 e Lei 11.457/2007, que revogaram as disposições pretéritas, especialmente no que tange às isenções concedidas às empresas, que não mais subsistem no atual sistema de arrecadação e distribuição das verbas dessa contribuição.

A constitucionalidade desta contribuição destinada ao custeio da educação foi reconhecida pelo STF, que a traduziu na Súmula 732, com seguinte conteúdo:

“É constitucional a cobrança da contribuição do salário-
educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição
Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/96.”

A tese foi confirmada, sob a sistemática da repercussão geral, no julgamento do RE-RG 660.933, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO
CUSTEIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. SALÁRIO-EDUCAÇÃO.
COBRANÇA NOS TERMOS DO DL 1.422/1975 E DOS
DECRETOS 76.923/1975 E 87.043/1982.
CONSTITUCIONALIDADE SEGUNDO AS CARTAS DE 1969
E 1988. PRECEDENTES. Nos termos da Súmula 732/STF, é
constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação,
seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988,
e no regime da Lei 9.424/1996. A cobrança da exação, nos
termos do DL 1.422/1975 e dos Decretos 76.923/1975 e
87.043/1982 é compatível com as Constituições de 1969 e 1988.
Precedentes. Repercussão geral da matéria reconhecida e
jurisprudência reafirmada, para dar provimento ao recurso
extraordinário da União.”

ADPF 188 / DF

De igual modo, o STF declarou a constitucionalidade, sob os aspectos formal e material, da Lei 9.424/96, ao analisar a ADC 3, cuja ementa reproduzo a seguir:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 15, LEI 9.424/96. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PARA O FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO. DECISÕES JUDICIAIS CONTROVERTIDAS. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. FORMAL: LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. NATUREZA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. § 5º, DO ART. 212 DA CF QUE REMETE SÓ À LEI. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA DE REDAÇÃO PELO SENADO. EMENDA QUE NÃO ALTEROU A PROPOSIÇÃO JURÍDICA. FOLHA DE SALÁRIOS - REMUNERAÇÃO. CONCEITOS. PRECEDENTES. QUESTÃO INTERNA CORPORIS DO PODER LEGISLATIVO. CABIMENTO DA ANÁLISE PELO TRIBUNAL EM FACE DA NATUREZA CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL: BASE DE CÁLCULO. VEDAÇÃO DO ART. 154, I DA CF QUE NÃO ATINGE ESTA CONTRIBUIÇÃO, SOMENTE IMPOSTOS. NÃO SE TRATA DE OUTRA FONTE PARA A SEGURIDADE SOCIAL. IMPRECISÃO QUANTO A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. A CF QUANTO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO DEFINE A FINALIDADE: FINANCIAMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E O SUJEITO PASSIVO DA CONTRIBUIÇÃO: AS EMPRESAS. NÃO RESTA DÚVIDA. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI AMPLAMENTE DEMONSTRADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE, COM EFEITOS EX-TUNC.” (ADC 3, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 01.12.1999, DJ 09.05.2003)

Atualmente, a contribuição social do salário-educação é calculada

ADPF 188 / DF

com base na alíquota de 2,5% sobre o valor total das remunerações pagas ou creditadas pelas empresas, a qualquer título, aos segurados empregados, ressalvadas as exceções legais, e é arrecadada, fiscalizada e cobrada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Fazenda (RFB/MF).

Após a arrecadação e a retenção do percentual de 1% relativo à taxa de administração, os valores são destinados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ao FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, que os distribui entre os Estados e Municípios, observando o percentual de arrecadação em cada Estado e os parâmetros legalmente estabelecidos: 1/3 é a cota federal; 2/3 é a cota estadual e municipal, redistribuída de acordo com o número de alunos matriculados em cada esfera do ensino.

É em relação a essa redistribuição que se insurgem os Arguentes, na medida em que, segundo alegam, a prévia distribuição proporcional ao percentual de arrecadação em cada Estado é incompatível com o preceito normativo do § 6º do art. 212 da Constituição Federal, incluído pela EC 53/2006.

3. A ATUAL DISTRIBUIÇÃO DA ARRECADAÇÃO DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO E OS ARGUMENTOS DAS PARTES

A destinação das verbas da contribuição do salário-educação teve sua primeira previsão no art. 4º da Lei 4.440/64, o qual dividia igualmente, após os descontos das despesas de arrecadação, entre o Fundo Estadual de Ensino Primário, para aplicação no próprio Estado, e o então existente Fundo Nacional do Ensino Primário, para aplicação pela União em todo Território Nacional. Nesse passo, percebe-se que o Legislativo pretendia fazer uma distribuição mais justa aos Estados mais pobres da União.

Dez anos mais tarde, o Decreto-Lei 1.422/75, que revogou a Lei 4.440/64, aumentou o percentual destinado aos Estados e passou a prever a manutenção das cotas do salário-educação dentro do Estado que as

ADPF 188 / DF

arrecadou, sendo que 2/3 da arrecadação era destinada a esse Estado e 1/3 era revertido ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, autarquia criada pela Lei 5.537/68.

Em março de 1982, objetivando-se a um maior controle sobre as verbas do salário-educação, editou-se o Decreto 87.043, que reformulou a contribuição e passou a prever que a arrecadação e o gerenciamento da parte do salário-educação destinada ao sistema de bolsas de estudos seriam feitos por intermédio do FNDE, cujos recursos poderiam ser destinados a qualquer estudante, não apenas aos filhos dos empregados e a eles próprios.

Com isso, surgiu a figura do “aluno da comunidade”, bem como o Sistema de Manutenção do Ensino – SME, resultando num grande aporte dos recursos do salário-educação para as entidades privadas de ensino.

Ainda, em 1983, ao editar o Decreto 88.374, o Governo Federal “municipalizou” a sua cota (1/3 da arrecadação), destinando-a ao apoio de programas municipais ou intermunicipais que propiciassem o desenvolvimento da educação, sem haver a restrição de que esses valores fossem repassados a instituições privadas de ensino. Esse mesmo Decreto atribuiu às Secretarias Estaduais de Educação a responsabilidade pela seleção dos “alunos da comunidade” que seriam agraciados com bolsas de estudos em escolas particulares.

Essa política sustentou-se até 1996, quando a Emenda Constitucional 14/96 alterou a redação original do parágrafo 5º do art. 212 e extinguiu a possibilidade de as empresas descontarem do total devido a título de salário-educação as aplicações realizadas no ensino fundamental de seus empregados e dependentes.

O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 9.424/96, que trouxe nova roupagem à utilização das verbas decorrentes da arrecadação do salário-educação, objetivando subtrair a dimensão privatizante atribuída às verbas do salário-educação e destinar toda a arrecadação ao financiamento do ensino público fundamental.

No que tange à distribuição das cotas, objeto desta ADPF, a redação original do §1º do art. 15 da Lei 9.424/96 trazia a seguinte previsão:

“Art 15. O Salário-Educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 1997, o montante da arrecadação do Salário-Educação, após a dedução de 1% (um por cento) em favor do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, calculado sobre o valor por ele arrecadado, será distribuído pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação FNDE, observada a arrecadação realizada em cada Estado e no Distrito Federal, em quotas, da seguinte forma:

I - Quota Federal, correspondente a um terço do montante de recursos, que será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

II - Quota Estadual, correspondente a dois terços do montante de recursos, que será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados e do Distrito Federal para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental.”

Após a edição da Lei 10.832/2003, o precitado parágrafo passou a ter a seguinte redação:

“§ 1º O montante da arrecadação do Salário-Educação, após a dedução de 1% (um por cento) em favor do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS , calculado sobre o valor por ele arrecadado, será distribuído pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, observada, em 90% (noventa por cento) de seu valor, a arrecadação realizada em cada Estado e no Distrito Federal, em quotas, da seguinte

ADPF 188 / DF

forma: (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003)

I - Quota Federal, correspondente a um terço do montante de recursos, que será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

II – Quota Estadual e Municipal, correspondente a 2/3 (dois terços) do montante de recursos, que será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental. (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003)”

A Lei 9.766/98, cujo artigo 2º também é questionado nesta ADPF, apenas reitera a necessidade da redistribuição igualitária dentro do Estado e entre este e seus Municípios dos valores arrecadados, considerando o número de alunos inscritos nas respectivas redes de ensino:

“Art. 2º A Quota Estadual e Municipal do Salário-Educação, de que trata o § 1º e seu inciso II do art. 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, será integralmente redistribuída entre o Estado e seus Municípios de forma proporcional ao número de alunos matriculados no ensino fundamental nas respectivas redes de ensino, conforme apurado pelo censo educacional realizado pelo Ministério da Educação.” (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 2003)

A alteração legislativa promovida pela Lei 10.832/2003 diz respeito à redução do percentual destinado aos Estados, de 66% para 60%, bem como à inclusão dos Municípios como destinatários diretos dos recursos, na medida em que a destinação do salário-educação e de outras verbas federais para a educação, com a transformação do FUNDEF em FUNDEB, passou a abranger toda a educação básica (pré-escola, ensino

ADPF 188 / DF

fundamental e ensino médio), não mais apenas o ensino fundamental.

Nota-se do histórico legislativo ora retratado que a distribuição das cotas do salário-educação proporcionalmente aos Estados de acordo com o que por eles foi arrecadado sempre esteve presente na legislação que regulamenta a contribuição.

No entanto, para os Arguentes, a Emenda Constitucional 53/2006, ao acrescentar o §6º ao artigo 212 **não teria recepcionado** a regra do repasse proporcional, ao dispor que:

“§6º - As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.”

A redação do dispositivo constitucional é equivalente à do art. 2º da Lei 9.766/96, na redação da Lei 10.832/2003, acima transcrito.

Sustentam os Arguentes que a Constituição Federal não previu, na distribuição das cotas entre os Estados e Municípios, a proporcionalidade em relação ao que os Estados haviam arrecadado a título de salário-educação, mas apenas proporcionalmente aos alunos matriculados. Em sua visão, o valor total arrecadado, descontada a cota federal, deveria ser dividido pelo número total de alunos matriculados em todos os Estados na educação básica e então repassados os montantes equivalentes a cada número de alunos nos Estados e Municípios.

Alegam que essa é a distribuição que deveria ter sido adotada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento do Ensino – FNDE, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 53/2006, a qual teria, então, modificado profundamente a sistemática da distribuição das cotas estaduais e municipais, ao deixar de prever a proporcionalidade na arrecadação por Estado.

Dizem, ainda, que diferenciar proporcionalmente os Estados fere a autonomia financeira e administrativa dos entes federativos e atenta contra o pacto federativo, além de descaracterizar a natureza da contribuição social, pois desconsidera a finalidade maior, que é o

ADPF 188 / DF

financiamento igualitário da educação.

Para o Ministério Público, a AGU e o Senado, no entanto, as regras da Lei e da Constituição se complementam, pois primeiramente retornaria ao Estado a sua cota de 2/3 proporcional à arrecadação (previsão legal) e, após, a redistribuição, dentro do Estado e entre este e seus Municípios (previsão constitucional), de acordo com o número de alunos matriculados em cada área de atuação (educação infantil e ensino fundamental aos Municípios e ensino médio aos Estados, via de regra).

Argumentam, ainda, que a distribuição igualitária pelo censo escolar, desconsiderando a origem da arrecadação, causaria uma migração de recursos de uma unidade da federação para outra.

Dizem, por fim, que o objetivo da inovação foi apenas ratificar, em nível constitucional, a metodologia de cálculo das cotas estadual e municipal já prevista em lei.

4. RAZÕES DE DECIDIR

Após analisar os argumentos colacionados aos autos trazidos pelos Estados e pelos interessados, assim como cotejar os dispositivos legais impugnados com a ordem constitucional, **concluo pela procedência desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**, pelas razões que passo a expor.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a constitucionalidade do art. 15, § 1º e incisos I e II, da Lei 9.424/96, declarada pelo STF no julgamento da ADC 3, não interfere no julgamento desta ADPF e tampouco a procedência desta ação resultaria em mudança de entendimento da Corte, pois a constitucionalidade foi reconhecida sob a ótica do § 5º do art. 212, limitando-se, especialmente, aos aspectos formais (necessidade de lei complementar) e materiais (definição de hipótese de incidência, base de cálculo, alíquotas) da regulamentação da contribuição social em questão.

Ficou assentado no julgamento da ADC 3 que a contribuição em questão é espécie de tributo, qualificada como contribuição social geral,

ADPF 188 / DF

voltada a custear atividade desenvolvida pela União relativamente à educação, que é dever do Estado, de acordo com o que disposto no art. 205, da CRFB.

É de competência federal, criada e regulamentada pela União, arrecadada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e cuja destinação é o financiamento da educação básica, nesta compreendidos os ensinos infantil, básico e fundamental.

Considerou a Corte, na oportunidade, que o fato de a Constituição trazer a previsão expressa da contribuição social geral no art. 212, § 5º, e de prever que a sua regulamentação se daria na forma da lei, dispensou a exigência de lei complementar e, com isso, todas as disposições regulamentadoras do salário-educação previstas no art. 15 da Lei 9.424/96, inclusive sua forma de distribuição, foram reputadas constitucionais pelo STF na referida ADC.

Entretanto, como mencionado anteriormente, a constitucionalidade do art. 15 da Lei 9.424/96 foi declarada em 02.12.1999 e, portanto, sob a égide do Texto Constitucional vigente à época da sua edição, o qual não trazia dispositivo expresso sobre a distribuição dos valores arrecadados a título da contribuição social em questão.

Diante desse contexto, entendo que a alteração promovida pelo Poder Constituinte Reformador ao editar a EC 53/2006 e incluir no Texto Constitucional o § 6º ao artigo 212 resultou na incompatibilidade da regra prevista no § 1º do art. 15, no que tange à distribuição das cotas do salário-educação proporcionalmente ao Estado onde arrecadadas.

O novo § 6º do art. 212 dispõe que *“as cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino”*.

Ao dispositivo constitucional em questão, ao meu sentir, deve ser conferida interpretação precipuamente literal.

Segundo Daniel Sarmiento, *“o elemento gramatical, também conhecido como literal ou filológico, busca extrair a norma jurídica do texto que a consagra. É, sem dúvida, um elemento decisivo na interpretação jurídica, inclusive naquela*

realizada no campo constitucional. Almeja-se, por meio do elemento gramatical, esclarecer o significado das palavras empregadas pelo legislador para, a partir daí, extrair as conclusões sobre a aplicação de determinada norma jurídica. Nos casos mais fáceis, o elemento gramatical já fornece a resposta à questão jurídica em discussão, dando ensejo à subsunção. Em outros casos, o elemento gramatical não será suficiente para o equacionamento do problema. Mesmo nessas hipóteses, o texto permanece relevante, atuando como um dos diversos elementos a serem considerados pelo intérprete na busca da resposta mais adequada à questão”³.

A respeito do elemento gramatical, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE 166.772-9, no qual se discutia a interpretação da expressão “folha de salários”, consignou: “O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos do sentido técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceitos estabelecidos com a passagem do tempo, quer por força dos estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios”.

Até a entrada em vigor do § 6º do art. 212 da CF não havia norma constitucional que previsse a distribuição das cotas do salário-educação. Ela estava disposta no § 1º do art. 15 da Lei 9.424/96, cuja redação foi alterada pela Lei 10.832/2003, a qual em nada modificou a questão atinente à proporcionalidade de retorno da contribuição ao Estado arrecadador. Aquela lei tratava da distribuição entre a União e os Estados em cotas federal e estadual, em proporções de 1/3 e 2/3, respectivamente, do montante arrecadado, após descontados 10% destinados ao FNDE.

Já a lei 9.766/98 dispôs sobre a redistribuição da cota estatal dentro do Estado e com seus Municípios, determinando que essa redistribuição observaria o número de alunos inscritos nas respectivas redes estadual e municipal de ensino.

Nesse contexto, **dois são os momentos de distribuição das cotas de arrecadação do salário-educação**: o primeiro, no qual o valor arrecadado, após o desconto de 1% de taxa de administração e, na sequência, de 10%

³ in Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho, 2ª Edição, Ed. Forum, Belo Horizonte, 2014, p. 414.

ADPF 188 / DF

ao FNDE, é dividido entre a União e os Estados, aquela recebendo 1/3 e estes, 2/3 do valor arrecadado; e o segundo, em que o valor recebido pelo Estado é redistribuído entre este e os seus Municípios de acordo com o número de alunos matriculados nas respectivas redes de ensino.

A Constituição Federal no § 6º do art. 212 fala em distribuição, não em redistribuição, de se compreender, utilizando-se do método literal de interpretação, que se referiu ao primeiro momento de entrega dos valores arrecadados a título de contribuição social ao financiamento do ensino básico. Nesse contexto, a Constituição previu uma única forma de distribuição, deixando de privilegiar a distribuição ao Estado pelo percentual de sua arrecadação da contribuição aqui discutida.

A propósito dos termos “distribuição” e “redistribuição”, observo que já houve discussão no Senado e também nesta Corte quanto ao sentido neles empregado no texto da Lei questionada nesta ADPF.

No julgamento da ADC-3, discutiu-se se haveria inconstitucionalidade formal na Lei 9.424/96 pela alteração legislativa decorrente da substituição, feita pelo Senado, sem novo retorno do projeto à Câmara, do significante “distribuição” para a palavra “redistribuição”, pois anteriormente à modificação trazida pela Lei 10.832/2003 a distribuição dentro do Estado de acordo com o número de alunos matriculados vinha prevista na própria Lei 9.424/96.

Naquela oportunidade, o Ministro Nelson Jobim, relator da ADC-3, assim consignou:

“Havia, portanto, duas distribuições.

A primeira, em que o FNDE distribuía para os Estados os 2/3 dos recursos.

E, uma segunda, em que cada Estado ‘distribuía’ 70% dos recursos entre ele próprio e seus municípios.

Ou seja, haveria, nesse momento, uma ‘redistribuição’ dos recursos recebidos pelo Estado.

A expressão utilizada pelo Senado – ‘redistribuída’ – em nada altera o votado pela Câmara.

O Senado somente se utilizou de uma expressão mais

exata que a da Câmara.

Não houve modificação da proposição jurídica, mas, exclusivamente, de sua forma de enunciação.”

Em que pese a conclusão da Corte de que não houve modificação da proposição jurídica, assentou-se no Senado que o termo a ser utilizado para o segundo momento de distribuição das cotas do salário-educação era “redistribuição”, pois uma primeira distribuição já havia sido prevista na lei.

A Constituição Federal, como se lê, trata expressamente de **distribuição** de acordo com o número de alunos matriculados, **não em redistribuição**. Além disso, não faz referência à lei e tampouco à proporcionalidade quanto ao valor arrecadado em cada Estado.

Ao ser conferida interpretação gramatical ou literal ao texto do § 6º do art. 212, somada ao histórico do próprio legislador, ao alterar proposição legislativa idêntica, outra não é a conclusão senão a de que o constituinte reformador estar-se-ia referindo ao primeiro momento, ou seja, a partir da edição da EC 53/2006, as cotas do salário-educação destinadas aos Estados e Municípios (2/3 do montante arrecadado) devem ser distribuídas nacionalmente de acordo com o número de alunos matriculados nas redes de ensino.

Nesse contexto, desde a vigência do texto constitucional em questão, esse passa a ser o único critério de distribuição da arrecadação aos Estados e Municípios, desaparecendo o critério da prévia observância da proporcionalidade ao montante arrecadado por cada Estado.

Ao contrário do alegado pelos Intimados, ao trazer a expressão “*nas respectivas redes de ensino*”, a Constituição está se referindo às redes estadual e municipal, pois aos municípios não registrados no FNDE (em quase todos os estados apenas as capitais mantêm registro próprio) compete ao Município informar ao próprio Estado o número de alunos matriculados para que, depois, receba a sua parte na cota destinada àquele Estado.

Então, ao mencionar “*respectivas redes de ensino*”, o Constituinte não

ADPF 188 / DF

se referiu à “*respectiva arrecadação do salário-educação*”, como propõe o FNDE em parecer anexado aos autos, citado pelo Senado Federal, mas, sim, às redes infantil, fundamental e média de cada Município e Estado, para que os recursos sejam divididos igualmente entre todos os alunos matriculados.

Tanto não está se referindo às respectivas cotas de arrecadação, que o valor distribuído pelos Estados aos seus Municípios é equivalente ao número de alunos matriculados, independentemente do valor que as empresas ligadas ao Município tenham arrecadado, ou seja, dentro do Estado o valor de cada aluno, para fins de distribuição da cota do salário-educação, é igual.

De outro vértice, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III, CF/88), bem como é princípio da ordem econômica a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 170, VII, CF/88).

A educação, por seu turno, é direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205, CF/88) e o ensino será ministrado observando, dentre outros princípios, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Com efeito, ao meu sentir, a regra do § 6º ao artigo 212 foi inserida no texto constitucional pelo Constituinte reformador visando a observância do objetivo republicano de redução das desigualdades regionais e dando maior eficácia ao preceito constitucional de que cabe ao Estado proporcionar educação pública gratuita e, acrescento, de forma igualitária a todos os cidadãos brasileiros, independentemente do Estado ou Município em que resida.

Nesse contexto, torna-se necessário recorrer ao escólio doutrinário de Fernando Facury Scaff no que diz respeito à viabilidade de conceber-se o orçamento público de matriz republicana como instrumento de justiça distributiva:

“Observado a realidade de cada país, o orçamento pode ser tendencialmente mais republicano se cumprir uma

verdadeira função distributiva, visando reduzir as desigualdades sociais. Daí que a posição justa, sob uma ótica republicana, será a de um sistema orçamentário que estiver mais próximo de arrecadar primordialmente dos mais ricos e gastar primordialmente com os que mais necessitam. Aqui se caracterizará o princípio republicano no âmbito financeiro, isto é, o orçamento republicano, pois os recursos públicos (coisa pública) estarão sendo usados em prol do bem comum, aumentando o grau de liberdade igual, em prol de maior isonomia entre as pessoas.

(...)

Observe-se que isso também vale para a repartição territorial das riquezas, síntese do federalismo fiscal, pois, se houver maior arrecadação das regiões mais pobres para realizar primordialmente gastos públicos nas regiões mais ricas, estar-se-á defronte de um orçamento oligárquico; de outra banda, se houver maior arrecadação nas regiões mais ricas para primordialmente realizar gastos nas regiões mais pobres do país, estar-se-á diante de um orçamento republicano.”⁴

Ademais, é uma questão que diz respeito à melhoria das condições de vida da população e à transformação da sociedade brasileira como um todo, partindo-se da premissa constitucional de que toda a ação do Estado deve ser regida no sentido de promover a redução das desigualdades regionais e a equalização da situação econômico-financeira dos entes federativos.

A esse respeito, Gilberto Bercovici ensina o seguinte:

“(...) o princípio da igualação das condições sociais de vida significa que os cidadãos das regiões menos desenvolvidas têm o direito de que o Estado providencie para eles a mesma qualidade de serviços públicos essenciais que usufruem os

4 SCAFF, Fernando Facury. Orçamento Republicano e Liberdade Igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 268-270, grifos nossos.

cidadãos das regiões mais desenvolvidas. O que se quer evitar é que a população seja penalizada por habitar em um ou outro ente da Federação. Para tanto, União e entes federados devem atuar conjuntamente para assegurar a igualdade na prestação de serviços públicos essenciais a todos os brasileiros. A igualdade que se busca é tanto a igualdade dos cidadãos em relação à prestação dos serviços públicos, quanto a igualdade da capacidade de todos os membros da Federação na prestação destes mesmos serviços.”⁵

Além disso, compreendo que a distribuição prevista no § 6º do art. 212 almejou, também, “dotar o federalismo cooperativo brasileiro de mais um instrumento apto a promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico do país” (Min. Gilmar Mendes, ADI 875/DF), contribuindo para o crescimento da autonomia financeira dos entes federativos no exercício de suas competências fixadas na Constituição Federal, notadamente, *in casu*, garantir aos seus cidadãos uma educação básica gratuita de qualidade.

Em voto por mim proferido por ocasião do julgamento da ADI 3.165, cujo objeto era a constitucionalidade de lei estadual paulista que aplicava sanções a empresa que exigia provas de que a mulher não estava grávida para contratá-la, em que pese tenha sido vencido, externei minha compreensão acerca do que deve representar o princípio federativo no atual desenho constitucional.

Manifestei-me, então, pela necessidade de se reforçar o federalismo em uma dimensão realmente cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente e corroborando para que o funcionamento harmônico das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da Constituição da República.

Este parece ser justamente o caso também destes autos.

Nas palavras de Gilberto Bercovici, o “*fundamento da Federação é a*

5 Desigualdades Regionais, Estado e Constituição, Editora Max Limonad, São Paulo, 2003. p. 239.

Constituição rígida comum. Os diferentes centros de poder político não são dotados de hierarquia uns em relação aos outros. Um não é superior ao outro. O que diferencia cada membro da Federação é a atribuição de competências distintas pela Constituição. Outro dado essencial para a caracterização de um regime federal é a qualidade estatal dos entes federados (Estados-Membros, Províncias etc), a chamada estatalidade, qualidade esta que depende da configuração destes entes enquanto centros de poder político autônomo e de sua capacidade de influir na tomada de decisões do Estado como um todo. As tentativas de melhorar a capacidade política e administrativa dos entes federados dizem respeito, portanto, ao núcleo essencial da ideia de federalismo”.

Arremata o citado autor que *“num Estado federal a unidade é o resultado de um processo de integração, em que a autonomia não se limita a ser um objeto passivo (garantia), mas é, essencialmente, sujeito ativo na formação desta unidade estatal (participação)”*⁶.

Em voto proferido na ADI 875, o ilustre Min. Gilmar Mendes externou sua preocupação com a adequada distribuição de receitas entre os entes federativos, nos seguintes termos:

“O modelo de distribuição das receitas tributárias adotado pela Constituição de 1988 (...) possibilita a redução ou a atenuação das disparidades existentes entre as Unidades da Federação. Isso porque os Estados e Municípios mais pobres, não obstante as inúmeras demandas sociais, possuem, em regra, menor arrecadação tributária direta, o que é compensado pelas transferências intergovernamentais. Se mantido, em nosso país, modelo próprio do federalismo clássico (dual federalism), segundo o qual as unidades federadas deveriam se manter, exclusivamente, com o produto da arrecadação dos tributos de sua própria competência, o fosso socioeconômico entre os entes federativos apenas se aprofundaria (...).”

A realidade da federação brasileira é marcada pela desigualdade regional e entre os níveis de governo. No âmbito da educação não é

6 Idem, p. 146.

diferente, tendo estado intimamente ligada aos propósitos centralizadores ou descentralizadores de cada período político vivido pelo país.

Durante o regime militar, a análise da relação entre educação e federalismo revela *“que a expansão dos serviços e dos temas de atuação foi feita sob novas bases políticas, administrativas e financeiras, por uma forte centralização no plano federal, que se revestia, paradoxalmente, de características tecnocráticas e clientelistas na implementação desconcentrada da política no plano subnacional. Do ponto de vista federativo, portanto, não se logrou uma combinação adequada entre nacionalização e descentralização”*⁷.

O fato de a educação básica e fundamental estar quase que totalmente sob a responsabilidade dos Estados e Municípios, mediante recebimento de recursos do Governo Federal, e de ter estado a preocupação da União, durante décadas, centrada no ensino superior e técnico, gerou grande distorção na qualidade da escolarização básica da população, especialmente diante da dependência e fragilidade da grande maioria dos Municípios em relação aos Estados e à União.

Assim, na busca da sociedade brasileira a partir de 1980 pelo processo de redemocratização, observa-se o intuito de descentralização da educação e de outras políticas sociais, especialmente no tocante à municipalização do ensino, pela compreensão de que essa descentralização levaria a uma maior democratização e, de consequência, a uma maior eficácia no atendimento e provisão dos serviços aos cidadãos.

Diante da necessidade de uma visão nacional para a área da educação e da preocupação da sociedade com uma educação global e de qualidade, o Constituinte de 1988 transmudou a educação em um direito do cidadão e apresentou um resultado equilibrado do ponto de vista federativo.

Segundo o Fernando Luiz Abrúcio, o artigo 211 equacionou o novo

7 Fernando Luiz Abrucio, A dinâmica federativa da educação brasileira: diagnóstico e propostas de aperfeiçoamento. Artigo escrito para o livro Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade / organizado por Romualdo Portela de Oliveira e Wagner Santana. – Brasília: UNESCO, 2010.

modelo educacional em três etapas: em primeiro lugar, a Constituição estabeleceu uma divisão mais descentralizada na execução dos serviços, atribuindo um grande peso aos Municípios; em segundo lugar, estabeleceu-se que a competência seria comum, segundo a qual um nível de governo atua prioritariamente sobre um ciclo, mas não exclui a competência de outro, que poderá atuar em caso de vácuo no acesso aos bens públicos. Ainda, estabeleceu-se o papel da União de produzir diretrizes e normas nacionais; por fim, criou-se um regime de colaboração entre os entes federativos, para evitar choques ou ações descoordenadas que pudessem resultar na desqualificação da prestação do ensino.

No entanto, esse regime de colaboração criado pela Constituição não se revelou suficiente para a realização do propósito de democratização do ensino, pois não foi acompanhado da criação de incentivos financeiros, de gerenciamento ou de democratização que fossem aptos a trilhar o relacionamento da União com os demais níveis de governo.

A solução foi melhor equacionada com a criação do Fundef – Fundo Nacional de Desenvolvimento do Ensino Fundamental, por intermédio do qual criou-se um fundo que comportaria 60% dos recursos constitucionalmente previstos para o financiamento da educação pelos Estados e seus Municípios, a fim de que esses valores fossem redistribuídos de forma igualitária entre todos os membros da federação. O valor mínimo de financiamento por aluno matriculado seria, ainda, complementado pela União nos entes que não conseguissem atingir o valor com recursos próprios.

Diante dos resultados positivos do fundo anterior e de uma efetiva melhora na universalização do ensino, com uma ampliação da cobertura do sistema, o governo teve por bem levar a ideia de universalização não só ao ensino fundamental, mas também ao ensino médio e infantil, resultando na criação do Fundeb – Fundo Nacional de Desenvolvimento do Ensino Básico.

Entretanto, em que pesem aos resultados positivos das disposições constitucionais e dos fundos criados pelo Governo para a democratização do ensino, ainda estamos longe de uma efetiva

igualdade na prestação de ensino público e de qualidade entre os entes da federação. Os Estados cujos recursos financeiros são maiores conseguem fornecer ensino em todos os níveis com qualidade substancialmente maior que os Estados mais pobres.

Com efeito, não basta à estrita observância do princípio federativo e do objetivo constitucional de redução das desigualdades regionais que a União complemente, através do Fundeb, os recursos recebidos pelos Estados e Municípios para se chegar a um valor mínimo previamente estabelecido por aluno, já que esse valor é suplantado pelos alunos matriculados nas redes de ensino dos Estados mais ricos.

Nesse contexto, a redistribuição das verbas do salário-educação, tal como posta na legislação ora impugnada (art. 15, § 1º, da Lei 9.424/96), é critério não inserido na redação do § 6º do art. 212 e, portanto, é com ele incompatível. Ademais, não atende ao objetivo da República de reduzir as desigualdades regionais, mas, sim, contribui para aumentar a discrepância entre os valores dispensados com o financiamento de cada aluno no Brasil, na medida em que majora a distorção entre o que é destinado para um aluno de um Estado em relação à outra unidade federativa.

Assim, a repartição igualitária da arrecadação da contribuição social em debate é, ao fim e ao cabo, uma forma de concretização do princípio federativo, com ênfase na cooperação fiscal, não apenas mínima e indispensável, entre os diversos centros de governo para a progressiva realização da igualdade das condições sociais de vida em todo o território nacional.

Nesse sentido, Bercovici ressalta que a *“cooperação financeira tem como característica a responsabilidade conjunta da União e entes federados pela realização de políticas públicas comuns. O seu objetivo é claro: a execução uniforme e adequada dos serviços públicos equivalentes em toda a Federação, de acordo com os princípios da solidariedade e da igualação das condições sociais de vida”*⁸.

Na concretização das políticas voltadas ao desenvolvimento do

8 Idem, p. 157.

ADPF 188 / DF

ensino de qualidade em todo o país não pode ser diferente. Todos os entes federativos devem cooperar para a qualificação do ensino nos Municípios e Estados brasileiros, para a realização do direito subjetivo constitucional à educação.

Embora a Constituição não tenha expressamente estabelecido que a arrecadação e a distribuição dos valores correspondentes ao salário-educação deveriam primar pela redução de desigualdades regionais e sociais, como o fez em relação aos impostos e aos fundos de participação dos estados e municípios, sendo este um dos objetivos fundamentais da República, dele o legislador não se pode esquivar em nenhum momento, especialmente quando da elaboração de leis que promovam distribuição de riquezas arrecadadas pela própria União.

Como ressaltai no voto proferido na ADI 3.165 supracitado, a Constituição busca a igualdade e equilíbrio entre os entes federativos, destacando-se a necessidade de maximização do exercício das competências para que o Estado cumpra seu desiderato de pacificação e satisfação social. É este novo olhar que se propõe a partir da nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, uma mirada voltada para as seguintes diretrizes: a otimização da cooperação entre os entes federados; a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; o respeito e efetividade do pluralismo como marca característica de um Estado Federado.

Desse modo, não vejo como possível, à luz do texto constitucional, especialmente da novel redação do § 6º do art. 212, permitir que um recurso federal (a contribuição do salário-educação é de competência federal), destinado ao desenvolvimento do ensino, possa ter destino proporcional à competência arrecadatória de cada ente federativo, resultando na distribuição desigual por aluno, de forma a se cancelar, por exemplo, a distribuição ao Estado do Maranhão do equivalente a R\$ 58,92 por matrícula e ao Estado de São Paulo o equivalente a R\$ 612,59⁹.

Nos moldes da reflexão que fiz no voto proferido na ADPF 388, a nossa sociedade ainda é marcada por desigualdades materiais que saltam

aos olhos e que reclamam mais democracia, justiça e segurança jurídica, sendo o recurso ao Judiciário, como um espelho da confiança que se deposita nas instituições democráticas, o meio adequado a, em determinadas hipóteses, solucionar parte dessas desigualdades.

Empiricamente, em nosso pacto federativo, a igualdade territorial depende desse papel redistribuidor por parte do governo central, justamente pela necessidade de redução das desigualdades de receitas entre as jurisdições, em detrimento de impulsos competitivos e predatórios das unidades federadas subnacionais, como bem conclui Marta Arretche:

“(...) os resultados expostos indicam prioridade no gasto em saúde e em educação, que beneficiam predominantemente os mais pobres, bem como grande desigualdade na prioridade às políticas de infraestrutura urbana. O mecanismo explicativo deste comportamento padrão é o papel de regulamentação e de supervisão desempenhado pela União.

(...)

Estas evidências revelam que há um *trade-off* entre a redução das desigualdades territoriais e a plena autonomia dos governos locais. O papel redistributivo do governo federal parece ser uma condição para reduzir desigualdades interjurisdicionais de receita e, por consequência, a desigualdade de acesso dos cidadãos a serviços públicos no interior de um Estado-nação. Na ausência das transferências, a capacidade dos municípios brasileiros para prover serviços públicos seria altamente desigual.

Além disto, a regulação federal parece ser uma condição para ‘amarrar’ subunidades independentes em torno de um dado objetivo nacional. O padrão de gasto dos governos locais – isto é, alta prioridade e baixa desigualdade nas políticas reguladas acompanhado de baixa prioridade e elevada desigualdade nas políticas não reguladas – demonstra claramente o impacto da regulação federal sobre as decisões

dos governos locais.”¹⁰

Ora, a educação (de qualidade), direito social previsto no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, é, sem dúvida, um meio eficiente de redução de desigualdade social e não se diga que o Fundeb e a distribuição dos seus valores, dentro de um patamar mínimo fixado nacionalmente pela legislação regulamentadora deste fundo, garantiria o padrão mínimo de qualidade de ensino estabelecido no art. 211, §1º, da Constituição.

A despeito de o salário-educação constituir-se em fonte adicional de recursos do ensino público fundamental, como ressaltou a Advocacia-Geral da União em sua manifestação nos autos, a distribuição dos recursos arrecadados através dessa rubrica deve obedecer ao critério constitucional e aos princípios e objetivos explicitados na Constituição e referidos no corpo deste voto.

Não há como sustentar, portanto, a constitucionalidade dos critérios de distribuição previstos nas Leis 9.424 e 9.766, porque incompatíveis com o § 6º do art. 212 do texto constitucional, pois este estabelece um único critério de distribuição, qual seja, o número de alunos matriculados em cada ente federativo, não se podendo admitir que a lei preveja um critério prévio, calcado na origem da fonte de arrecadação.

Não houve, assim, uma mera constitucionalização do critério legal de redistribuição das cotas estaduais e municipais, mas sim a densificação, em uma clara regra de repartição das receitas, de um dos objetivos da República, o da redução das desigualdades regionais, assim como do princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, previsto no art. 206, inciso I, da CRFB.

Não desconheço, ainda, que na exposição de motivos da Proposta da Emenda Constitucional 53/2006 houve a rejeição de emendas parlamentares que objetivavam justamente suprimir do texto legal a distribuição combatida nesta ADPF, que leva em conta a origem da

10 ARRETCHE, Marta. Federalismo e Igualdade Territorial: uma contradição em termos? In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 53, n. 3, p. 587-620, 2010, p. 611, grifos nossos.

arrecadação do tributo, constando expressamente na justificativa dessas emendas o objetivo de *“permitir uma melhor distribuição dos recursos por todo o país”*.

No entanto, as emendas foram rejeitadas e o argumento, no sentido de que *“causaria desequilíbrio orçamentário em alguns Estados”* não me parece razoável, pois são motivos que não poderiam ser justificadores no âmbito da elaboração da norma.

Esse óbice está bem posto na ADPF-MC 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004, em que Sua Excelência o Relator de maneira pioneira no direito brasileiro estatuiu a inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, sendo relativa a liberdade de conformação do legislador orçamentário.

A reserva do financeiramente possível ou o limite do orçamento consiste em uma limitação fática e concreta à realização de algum direito. Isso nada tem a ver com o universo das escolhas trágicas ou públicas em que habita a decisão política de redistribuir territorialmente recursos federais segundo critérios populacionais. A meu ver, essa escolha pública não é arbitrária e a discricionariedade inerente ao legislador orçamentário encontra balizas sólidas nos princípios republicano e federativo.

Basta verificar, por exemplo, que o §6º do art. 165 da Constituição da República atribui aos orçamentos fiscais e de investimento a função de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional, sob os parâmetros do Plano Plurianual vigente.

Consoante doutrina de Marco Aurelio Greco, *“os dispositivos constitucionais não são mera expressão de propósitos ou de boa-vontade, estão lá para gerar efeitos. Não há preceitos constitucionais meramente para tornar bela a obra feita pelos Constituintes. Todos devem ter sentido definido e cabe à interpretação extrair, inclusive da norma programática, a maior eficácia positiva possível, no sentido de direcionar a ação dos respectivos destinatários”*¹¹.

Nesse contexto, não se há de interpretar a Constituição a partir da lei, para compreender que o objetivo do § 6º do art. 212 ora em debate foi apenas reproduzir um dos critérios de distribuição das cotas do salário-

11 GRECO, Marco Aurelio. Solidariedade Social e Tributação. Dialética: São Paulo, 2013, p. 185.

ADPF 188 / DF

educação previstos na lei, mas não todos. Ao contrário, a partir da previsão de um único critério no texto constitucional, de acordo com o número de alunos matriculados, e do silêncio em relação ao outro critério previsto na lei, o da prévia distribuição conforme a origem da arrecadação, há que se direcionar a interpretação do ordenamento positivo observando agora o texto constitucional, a fim de se obter o sentido que melhor traduza a direção a seguir na aplicação das referidas normas.

E a direção correta é, ao meu sentir, declarar a revogação da expressão 'a arrecadação realizada em cada Estado e no Distrito Federal' presente no art. 15, § 1º, da Lei 9.424/96 e do art. 2º, da Lei 9.766/99, diante da previsão constitucional de distribuição das cotas do salário-educação prevista no § 6º do art. 212 da Constituição da República.

5. DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou seja, voto com a finalidade de acolher a pretensão dos Arguentes no sentido de proceder **"interpretação conforme do conjunto normativo compreendido pelo art. 15, §1º, da Lei federal nº 9.424, de 1996, e do art. 2º da Lei federal nº 9.766, de 1998, ambas alteradas pela Lei nº 10.832, de 2003, [para] determinar que as cotas estaduais e municipais cabíveis, a título de salário-educação, sejam integralmente distribuídas, observando-se tão somente a proporcionalidade do número de alunos matriculados de forma linear."** (doc. 1, p. 14)

A despeito de inexistir imperativo legal para fixação de tese de julgamento em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, de modo a evitar eventuais interpretações de lacuna normativa quanto aos critérios de repartição de recursos ou posteriores esclarecimentos quanto ao alcance desta decisão, atribuo ao meu voto o seguinte sentido: "À luz da Emenda Constitucional 53/2006, é incompatível com a ordem constitucional vigente a adoção, para fins de

ADPF 188 / DF

repartição das quotas estaduais referentes ao salário-educação, do critério legal de unidade federada em que realizada a arrecadação desse tributo, devendo-se observar unicamente o parâmetro quantitativo de alunos matriculados no sistema de educação básica."

É como voto.

Cópia