

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 8 – Números 30/31 – janeiro/dezembro 2009  
Brasília-DF



# Direitos Sociais e Recursos Públicos

# Desvio de recursos federais da educação transferidos para os municípios: tipos de transferências e atribuições do Ministério Público Federal

José Godoy Bezerra de Souza\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Transferências feitas para os municípios aplicarem em educação. 2.1 Transferências constitucionais. 2.2 Transferências legais. 2.3 Transferências ilegais. 3. Desvio de recursos da educação e atribuições do Ministério Público Federal. 3.1 Consequências cíveis e penais. 3.2 Análise dos arts. 109 e 129 da Constituição Federal e arts. 6º e 37 da Lei Complementar n. 75/1993. 3.3 As transferências da educação e o Supremo Tribunal Federal. 3.4 As transferências da educação e o Superior Tribunal de Justiça. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

A educação recebeu, na Constituição de 1988, a conformação de direito público subjetivo e foi tratada como dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade e consistindo num processo de aprendizado que visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Segundo Bulos (2007, p. 1363), “A educação é o caminho para o homem evoluir. Por isso, é um direito público subjetivo, e, em contrapartida, um dever do Estado e do grupo familiar”.

---

\* José Godoy Bezerra de Souza é Procurador da República no Município de Arapiraca-AL.

A natureza jurídica do direito à educação, além de caracterizar-se como direito social, apresenta-se na classificação dos direitos fundamentais em gerações, do francês Karel Vasak (cf. SAMPAIO, 2004, p. 259), como um direito da segunda geração ou um direito à prestação positiva, pois, para sua incrementação, o Estado necessita despende recursos financeiros. Sampaio alerta para o fato de os direitos fundamentais de segunda geração serem divididos em direitos sociais e direitos econômicos, definindo aqueles da seguinte forma:

Os direitos sociais propriamente ditos seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter uma família, à proteção da maternidade e da infância; bem como para permitir o gozo efetivo dos direitos de primeira geração, com o reconhecimento do direito ao lazer e o direito de não haver discriminação (SAMPAIO, 2004, p. 262-263).

De acordo com o art. 23, inciso V, da Constituição Federal, é da competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios proporcionar meios de acesso à educação. Trata-se de competência comum material, ou seja, cabe a todos os entes federativos promover materialmente a educação.

Tal dispositivo não faz uma divisão sobre a atuação de cada ente, prevendo, em seu parágrafo único, que lei complementar fixará as normas para cooperação na atuação concorrente das matérias nele listadas. O art. 211 da CF/88, porém, já estabelece as normas gerais de atuação dos entes federativos em educação, nos seus §§ 1º, 2º e 3º:

§ 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.

Vê-se que o constituinte preferiu determinar áreas prioritárias para atuação dos entes federativos em matéria de educação, estabelecendo para a União a 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.

Na Constituição também foram estabelecidas algumas transferências da União para os municípios aplicarem obrigatoriamente em educação, conforme a seguir destacado:

- a) o art. 159, inciso I, alínea *b*, estabelece que parte do produto arrecadado pelo imposto sobre a renda e provento de qualquer natureza será destinada aos municípios, formando o chamado Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Como o art. 212 estabelece que 25% (vinte e cinco por cento) dos recursos obtidos pelos municípios – seja com seus próprios impostos, seja com as transferências feitas pela União e pelos estados – deverão ser aplicados em educação, tal percentual do FPM caracteriza-se como verdadeira transferência para a educação;
- b) os §§ 5º e 6º do art. 212 estabelecem que os municípios receberão quotas dos recursos da contribuição social do salário-educação proporcionais ao número de alunos matriculados na educação básica e
- c) o art. 60, inciso V, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), alterado pela Emenda Constitucional n. 53/2006, estabelece que a União complementarará os

recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) sempre que o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, ou seja, quando os recursos do ente federativo, já contando com a arrecadação dos seus próprios impostos e com as transferências a que tem direito, não atingirem o valor mínimo por aluno, terá direito à complementação da União.

Buscando atender o dispositivo constitucional do § 1º do art. 211, a União, além das transferências constitucionais acima citadas, realiza transferências de recursos por meio do Ministério da Educação e da autarquia a ele vinculada – o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) –, com base em leis e em normas infralegais (decretos, portarias e instruções normativas), aos municípios, por meio de programas nacionais relacionados à educação. São exemplos desses programas: Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), Programa Nacional de Transporte Escolar (PNATE), entre outros.

Tais recursos são enviados por meio de transferências diretas, também chamadas de fundo a fundo, ou mediante convênios e contratos de repasse.

O objetivo deste artigo é apontar as formas de transferências de recursos federais da educação para os municípios, classificando-as quanto aos objetivos, à legislação utilizada e ao enquadramento financeiro-orçamentário. Trataremos também das consequências jurídicas nos casos de desvios desses recursos, seja no âmbito criminal, seja no civil, distinguindo, a partir da classificação feita inicialmente, qual órgão do Ministério Público tem atribuição para atuar e qual órgão do Judiciário tem competência para julgar os gestores responsáveis por tais desvios.

## **2 Transferências feitas para os municípios aplicarem em educação**

### **2.1 Transferências constitucionais**

A classificação orçamentária das transferências em voluntárias e obrigatórias mostra-se pouco relevante para o presente estudo, visto que não tem sido utilizada para delimitar as atribuições dos órgãos do Ministério Público nos casos de desvios de recursos da educação. Assim, não faremos maiores inclusões ao tema, limitando-nos a transcrever o art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que faz referência às citadas transferências:

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

As transferências constitucionais para a educação feitas pela União, classificadas como obrigatórias, são basicamente três: a prevista no art. 159, inciso I, alínea *b*, que forma o FPM, principal fonte de renda da maioria dos municípios brasileiros; a transferência de parte da contribuição social salário-educação e a complementação do FUNDEB prevista no inciso V do art. 60 do ADCT.

Do FPM, estabelecido nos termos do art. 159, inciso I, alínea *b*, 25% (vinte e cinco por cento) dos recursos são destinados à educação, conforme já explicado. A prestação de contas dos recursos recebidos por meio do FPM ocorre perante os Tribunais de Contas dos estados (TCE) ou dos municípios, onde houver. A União figura como mera arrecadadora dos recursos repassados, pois eles pertencem originariamente aos municípios.

De acordo com os §§ 5º e 6º do art. 212 da Constituição, os municípios receberão parte dos recursos da contribuição social salário-educação, na proporção da quantidade de alunos matriculados no ensino básico. Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pelas Leis n. 9.424/1996 e 9.766/1998, e pelo Decreto n. 6.003/2006.

Do montante arrecadado é deduzida a remuneração da Receita Federal do Brasil (RFB), correspondente a 1% (um por cento), a título de taxa de administração. O restante é distribuído em quotas, em que 30% (trinta por cento) são repassados aos municípios, por meio de créditos automáticos, nos termos do § 1º do art. 15 da Lei n. 9.424/1996, e devem ser aplicados no financiamento da educação básica.

A prestação de contas ocorre perante as Cortes de Contas dos estados e municípios, onde houver. Também, nesse caso, a União funciona como mera arrecadadora e distribuidora dos recursos repassados aos municípios, a quem realmente pertencem, tendo estes entes a obrigação de aplicá-los na educação básica.

A terceira transferência constitucional para educação é a prevista no art. 60, inciso V, do ADCT, que estabelece que a União complementarará os recursos do FUNDEB sempre que o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

O FUNDEB foi criado pela Emenda Constitucional (EC) n. 53/2006 e regulamentado pela Lei n. 11.494/2007, substituindo o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), criado pela EC n. 14/1996.

O FUNDEB consiste em um fundo contábil de cada estado da federação. É composto, nos termos do art. 3º da Lei n. 11.494/2007, por 20% (vinte por cento) dos seguintes recursos: parcela estadual e municipal do ICMS, do FPE, do FPM, do IPVA, do ITCMD, e por 50% (cinquenta por cento) do ITR devido aos municípios.

O objetivo do FUNDEB é a manutenção e o desenvolvimento da educação básica pública e a valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração. Observado o disposto na Lei n. 11.494/2007, nos estados onde as receitas citadas não atingirem o valor mínimo definido nacionalmente por aluno, haverá complementação da União no seu fundo. Sobre o FUNDEB, Saviano (2008, p. 92) comenta que:

No entanto, é forçoso reconhecer que se trata de um fundo de natureza contábil que não chega a resolver o problema do financiamento da educação. Na verdade, os valores indicados no quadro, se efetivamente aplicados, melhoram o financiamento da educação comparativamente a situação atual. Mas não têm força para alterar o *status quo* vigente [...].

Atualmente, apenas os Estados de Alagoas, do Amapá, da Bahia, do Ceará, do Maranhão, do Pará, da Paraíba, de Pernambuco e do Piauí recebem a complementação da União, cuja previsão de recursos para o ano de 2010 foi de R\$ 6.861.110.170,32 (seis bilhões, oitocentos e sessenta e um milhões, cento e dez mil, cento e setenta reais e trinta e dois centavos), nos termos da Portaria Interministerial n. 1.227/2009.

Em relação à prestação de contas do FUNDEB (que substituiu o FUNDEF), vale destacar que Fernandes (2005, p. 572) entende que não é da competência do TCU apreciá-la. No entanto, o próprio TCU, por meio da IN/TCU n. 60/2009, estabeleceu que é sua competência fiscalizar a aplicação de recursos do FUNDEB nos estados em que a União realize a complementação de recursos.

## 2.2 Transferências legais

As transferências legais, instituídas normalmente via lei ordinária, no âmbito de programas específicos do Ministério da

Educação, visam fortalecer áreas relacionadas ao ensino, caracterizando-se como transferências obrigatórias. Geralmente são realizadas por meio de repasses diretos, chamados de fundo a fundo, sem a celebração de convênios ou de outro instrumento, ou seja, os recursos são repassados automaticamente pelo FNDE às secretarias municipais de educação. Ressalte-se que todas as transferências diretas são criadas por lei, o que não ocorre com todas as transferências realizadas pelos convênios.

As duas principais transferências legais realizadas pelo FNDE são feitas por meio do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE), por isso ambas foram escolhidas para serem detalhadas.

O PNAE foi criado em 1955, pelo Decreto n. 37.106/1955, e tem por objetivo propiciar, por meio de transferência de recursos financeiros, a alimentação escolar de todos os alunos da educação básica. Em 1994, o programa ganhou *status* legal com a promulgação da Lei n. 8.913/1994, porém os recursos ainda eram repassados aos entes da federação por convênios. Somente em 1998, com a edição da Medida Provisória n. 1.784/1998, é que os repasses passaram a ocorrer de forma direta.

Atualmente, o programa está regulamentado pela Lei n. 11.947/2009, estabelecendo o art. 4º os seus objetivos, conforme transcrição abaixo:

Art. 4º O Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE tem por objetivo contribuir para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos, por meio de ações de educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo.

O FNDE transfere aos estados e municípios, por meio do PNAE, o valor diário de R\$0,30 (trinta centavos) por aluno matriculado. No caso de alunos indígenas ou quilombolas, o valor aumenta para R\$0,60 (sessenta centavos) e para alunos matriculados em escolas de período integral, o valor é de R\$0,90 (noventa centavos), nos termos da Resolução/FNDE n. 67/2009. Segundo o *site* do FNDE<sup>1</sup>, a previsão de repasse por meio deste programa em 2010 foi de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais).

Outro importante programa de transferência de recursos para a educação é o Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE), criado em 2004 pela Lei n.10.880/2004. O seu objetivo é garantir, por meio de assistência financeira em caráter suplementar, aos estados, Distrito Federal e municípios<sup>2</sup> o acesso e a permanência dos alunos do ensino fundamental público, residentes em área rural e que utilizem transporte escolar, nos estabelecimentos escolares.

O programa é operacionalizado por transferências diretas realizadas pelo FNDE em favor das secretarias estaduais e municipais de educação. O valor pago por aluno matriculado da zona rural varia entre R\$ 120,73 (cento e vinte reais e setenta e três centavos) e R\$ 172,24 (cento e setenta e dois reais e vinte e quatro centavos) por ano, de acordo com a Resolução/FNDE n. 69/2009. A previsão de repasse para 2010 foi de R\$ 655.000.000,00 (seiscentos e cinquenta e cinco milhões de reais), de acordo com o *site* do FNDE<sup>3</sup>.

Tanto no PNAE como no PNATE a prestação de contas é apresentada ao FNDE, podendo o TCU também julgá-las, nos termos dos arts. 8º e 10 da Lei n. 11.947/2009 e art. 6º, §§ 2º e 4º, da Lei n. 10.880/2004.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br>>, acesso em: 25 mar. 2010.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Consulta realizada em 25.3.2010.

### 2.3 Transferências infralegais

A União realiza também transferência de recursos aos municípios e a outros entes para serem aplicados em educação, por meio de programas criados por normas infralegais, com base no art. 211, § 1º, da CF/88. Esses recursos são transferidos por meio de convênios ou contratos de repasses com os entes federativos, com fulcro na Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) n. 01/1997.

Normalmente, a base legal para tais transferências é o Plano Plurianual (PPA) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), que, de forma genérica, destinam recursos para os referidos programas. Trata-se de transferências voluntárias, nos termos do art. 25 da LRF.

Entre os programas criados por normas infralegais, destacamos o Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil (PROINFÂNCIA), criado pela Resolução/FNDE n. 06/2007 e que tem como objetivo a cobertura de despesas de investimentos em construção, reforma, equipamentos e mobiliários para creches e escolas públicas das redes municipais e do Distrito Federal, nos termos do art.1º da citada resolução.

Citamos também o programa Caminho da Escola, criado pela Resolução/FNDE n. 03/2007, que objetiva renovar a frota de veículos escolares.

Nos termos do art. 71, inciso VI, da CF/88, cabe ao TCU fiscalizar os recursos repassados por meio de convênios ou outros tipos de ajuste.

### **3 Desvio de recursos da educação e atribuições do Ministério Público Federal**

#### **3.1 Consequências cíveis e penais**

O desvio dos recursos da educação repassados pela União aos municípios, lamentavelmente, não é algo raro no Brasil. Apesar de a educação ser uma das políticas governamentais mais importantes do país, são constantes os casos de malversação dos seus recursos, especialmente pelos gestores municipais, sejam prefeitos, sejam secretários de educação ou outros agentes públicos.

Para demonstrar tal afirmação, realizamos pesquisa nos procedimentos administrativos existentes na Procuradoria da República no Município de Arapiraca-AL e nas ações judiciais ajuizadas pelo Ministério Público Federal perante a justiça federal de Arapiraca<sup>4</sup>, no ano de 2009, e constatamos o seguinte: dos 337 (trezentos e trinta e sete) procedimentos administrativos existentes, 85 (oitenta e cinco) tratam de alguma irregularidade na aplicação de verbas da educação enviadas a municípios pela União<sup>5</sup>; das 21 (vinte e uma) ações de improbidade administrativa propostas pelo MPF em 2009, 14 (quatorze) tratam do mesmo tipo de irregularidade, e das 10 (dez) ações penais propostas pelo MPF em 2009 por crimes de responsabilidade de ex-prefeitos, 6 (seis) tratam também de desvio de verbas da educação.

Na seara penal, o desvio dos recursos da educação pode caracterizar os seguintes crimes:

- a) *Apropriação, desvio ou utilização indevida, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos, desde que haja*

---

<sup>4</sup> A escolha da PRM e da justiça federal de Arapiraca-AL se deu pelo fato de o autor atualmente exercer o cargo de Procurador da República na referida PRM.

<sup>5</sup> Pesquisa realizada em 25.3.2010.

*participação de prefeito* – caracterizam os crimes previstos nos incisos I ou II do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967. Apesar da semelhança com o crime de peculato (CP, art. 312), aqueles contêm diferenciações que os tornam crimes especiais em relação a este. Sobre o inciso I, Silva (2004, p. 331-332) aduz que:

O crime aqui descrito consiste no desvio ou na apropriação de bens públicos em proveito de terceiros que não a coletividade que efetivamente deve ser a destinatária dos recursos públicos. Trata-se de figura semelhante ao peculato previsto no artigo 312 do Código Penal, importando apenas três diferenciações: a primeira, com relação ao sujeito ativo, que só pode ser o chefe do Poder Executivo municipal; a segunda, com relação a não-existência da modalidade culposa, punível apenas o fato doloso; e, por último, que a apropriação refere-se a bens móveis e imóveis, e o peculato estaria adstrito somente à caracterização no caso de bens móveis; portanto este tipo penal é um alargamento do peculato que lhe é originário.

A pena para estes crimes varia entre 2 (dois) e 12 (doze) anos de reclusão, nos termos do § 1º do art. 1º do referido decreto-lei.

b) *Desvio, aplicação indevida ou em desacordo com os planos e programas a que se destinam, de rendas ou verbas públicas, subvenções, auxílio, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, desde que haja participação de prefeito* – caracterizam os crimes previstos nos incisos III ou IV do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967. Aqui, o crime caracteriza-se pela aplicação dos recursos em desacordo com a destinação prevista em lei, porém em finalidade pública, embora diversa da prevista. A pena para estes crimes varia de 3 (três) meses a 3 (três) anos de detenção, nos termos do § 1º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967.

É importante salientar que, de acordo com o art. 29 do Código Penal, existindo a participação do prefeito em quaisquer dos crimes

citados acima com outras pessoas, todos responderão nos termos do Decreto-Lei n. 201/1967.

Ressaltamos também que o fim do mandato não impede o ajuizamento ou a continuidade da ação penal, nos termos da Súmula n. 164 do STJ, *in verbis*: “Prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 201, de 27.2.1967”.

c) *Apropriação das verbas públicas da educação ou desvio em proveito próprio ou alheio, sem a participação do prefeito* – caracteriza o crime previsto no art. 312 do Código Penal, com pena que varia entre 2 (dois) e 12 (doze) anos de reclusão. Sobre os sujeitos desse crime, Nucci (2008, p. 1056) informa que “o sujeito ativo somente pode ser o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a entidade de direito público ou o particular prejudicado”. Ressalte-se que nada impede a participação de pessoa estranha à Administração, nos termos do art. 29 do Código Penal.

d) Caso seja dada às verbas ou rendas públicas da educação aplicação diversa da estabelecida em lei, sem a participação do prefeito, caracteriza-se o crime previsto no art. 315 do Código Penal, com pena de 1 (um) a 3 (três) meses de detenção ou multa. Nesse caso, ao contrário do art. 312, os recursos são desviados da sua finalidade original, mas são aplicados em outra finalidade pública.

Já na seara cível, o desvio de recursos públicos da educação pode caracterizar atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA, Lei n. 8.429/1992). Mais uma vez, algumas situações merecem ser analisadas:

- a) Caso o agente público se aproprie de verbas públicas destinadas à educação, o ato se caracterizará como ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito, nos termos do art. 9º da LIA, no *caput* ou nos seus incisos, sujeitando o infrator às penas do art. 12, inciso I da mesma lei.
- b) Caso o agente público desvie em proveito alheio verbas da educação, o ato se caracterizará como ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, nos termos do art. 10 da LIA, no *caput* ou nos seus incisos, sujeitando o infrator às penas do art. 12, inciso II.
- c) Caso o agente público desvie os recursos da educação, aplicando-os em finalidade pública diversa da prevista na lei, o ato se caracterizará como ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, inciso I, da LIA, sujeitando o infrator às penas do art. 12, inciso III.

Sobre os referidos atos de improbidade, Neiva (2009, p. 56, 59 e 98) comenta que:

O ato ímprobo por enriquecimento ilícito do agente é, por excelência, a conduta que melhor se ajusta à idéia de ausência de caráter, deslealdade à Instituição e desonestidade que envolve o conceito de improbidade, sendo indiscutivelmente o fato mais grave e apenado com maior rigor no art. 12 da Lei.

[...]

O art. 10 da LIA disciplina a improbidade administrativa que causa lesão ao erário, com perda patrimonial, desvio, apropriação, malbarateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei.

[...]

O art. 11 é de aplicação subsidiária ou residual, caso inexista adequação típica do atuar do agente nos arts. 9º e 10 desta Lei, envolvendo conduta necessariamente dolosa que atenta contra os princípios da Administração Pública, com qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

d) Em qualquer uma das hipóteses tratadas, o agente público está obrigado a ressarcir o erário pelos prejuízos causados, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88 e do art. 18 da LIA.

Por fim, ressaltamos que o agente responde concomitantemente pelo crime e pelo ato de improbidade, sem que haja caracterização de *bis in idem*, e, caso o prefeito ainda se encontre no mandato, apenas em relação ao crime ele possui foro privilegiado, conforme julgamento recente do STJ, *in verbis*:

Administrativo e processual civil. Recurso especial. Ação civil pública por atos de improbidade administrativa. Prefeito. Aplicação da Lei n. 8.429/1992 e do Decreto n. 201/1967 de forma concomitante. Ato ímprobo que também pode configurar crime funcional. Inexistência de *bis in idem*. Juízo singular cível e Tribunal de Justiça. Inaplicabilidade do precedente do STF (Reclamação n. 2.138/RJ) *in casu*.

[...]

4. A Lei n. 8.492/1992, em seu art. 12, estabelece que “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito” [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato ímprobo pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza.

5. O *bis in idem* não está configurado, pois a sanção criminal, subjacente ao art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, não repercute na órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em

decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular).

*6. O precedente do egrégio STF, relativo à Rcl n. 2.138/RJ, cujo relator para acórdão foi o culto Ministro Gilmar Mendes (acórdão publicado no DJ de 18 de abril de 2008), no sentido de que “Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição”, não incide no caso em foco em razão das diferenças amazônicas entre eles.*

[...]

(REsp n. 1.066.772/MS, Primeira Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 25.8.2009, DJe de 3 set. 2009).

### **3.2 Análise dos arts. 109 e 129 da Constituição Federal e arts. 6º e 37 da Lei Complementar n. 75/1993**

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

[...]

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

[..]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Existe grande discussão sobre a competência para o processo e julgamento das ações penais e de improbidade administrativa que versam sobre o desvio de recursos da educação enviados pela União aos municípios, gerando, conseqüentemente, a mesma discussão sobre os órgãos do Ministério Público com atribuição para promover tais ações.

De acordo com o art. 109, incisos I e IV, da CF/88, sempre que a União tiver interesse no feito como parte ou terceiro interveniente, ou o crime for praticado contra seus bens, serviços ou interesses, compete à justiça federal julgar o feito. O primeiro caso trata da competência cível e o segundo, da penal. A grande discussão gira em torno do alcance das referidas expressões, tema que iremos tratar nos próximos itens à luz do entendimento jurisprudencial.

Quanto à atuação do Ministério Público, o art. 129, incisos I e III, da CF/88 lhe confere legitimidade para propor a ação penal e a ação civil pública para proteger o patrimônio público e social. Essas atribuições são repetidas no art. 6º, incisos V e VII, alínea *b*, da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e no art. 25, incisos III e IV, alínea *b*, da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), aplicável aos promotores de Justiça. Tais atribuições englobam, portanto, a ação penal nos crimes de desvio de verbas da educação e as ações de improbidade sobre o mesmo assunto.

Outra questão debatida é a definição do órgão do MP com atribuição para propor referidas ações, impasse que remete à discussão sobre competência judicial. O art. 37, inciso I, da LC n. 75/1993 estabelece que os procuradores da República atuarão perante a justiça federal (existem exceções na mesma lei que não se

aplicam aos casos aqui discutidos, como a prevista no inciso II do mesmo artigo), bem como os promotores de Justiça exercerão suas funções perante a justiça comum estadual, portanto, regra geral, o MPF atua perante a justiça federal (ao menos nos cargos iniciais da carreira) e o Ministério Público estadual, perante a justiça estadual. Por isso a importância de determinar-se a competência judicial para o processo e julgamento das ações que tratam de desvios de recursos da educação transferidos pela União aos municípios, e, assim, praticamente resolver a discussão sobre as atribuições do MP.

### **3.3 As transferências da educação e o Supremo Tribunal Federal**

Quanto à transferência constitucional feita por meio do FPM (CF/88, art. 159, inciso I, alínea *b*), não existem maiores discussões, sendo pacífico o entendimento de que cabe à justiça estadual processar e julgar ações que tratem de desvios de tais recursos, sem distinção, se aplicados na educação ou não, com particularidades referentes aos recursos destinados aos fundos estaduais FUNDEF/FUNDEB, que veremos adiante. Sobre o assunto, o STF possui alguns acórdãos dos anos 1970 e 1980, tais como o RHC n. 58.201, de 16.9.1980, o RE n. 80.302, de 6.4.1976, e o RE n. 75.491, de 17.8.1973, que, mesmo não tratando especificamente de educação, registram a posição do STF. Ressalte-se que o assunto não sofreu modificação, mesmo com a nova Constituição.

Quanto ao desvio dos recursos provenientes da contribuição social salário-educação enviados aos municípios, referentes às quotas, as quais estes entes têm direito, não encontramos jurisprudência do STF sobre o assunto. Entretanto, no HC n. 74.788/MS e no RE n. 353.151/SE ficou decidido caber à justiça

federal julgar casos de desvios de recursos do salário-educação da quota federal enviados aos municípios.

Entendemos que cabe ao MPE promover, perante a justiça estadual, as ações penais e de improbidade por desvios de recursos advindos da quota do salário-educação destinados aos municípios, pelo mesmo motivo que a ação por eventuais desvios de recursos do FPM é da atribuição do MPE, pois, nesse caso, a União é mera arrecadadora da parcela dos municípios, realizando o repasse de forma automática. Inclusive a prestação de contas de tais recursos ocorre perante as Cortes de Contas dos estados ou dos municípios que as possuam.

Em relação ao FUNDEF, como foi criado pela EC n. 53/2006 e regulamentado pela Lei n. 11.494, de 20.6.2007, não foi encontrada jurisprudência específica alguma no STF, porém são encontrados diversos julgados sobre o FUNDEF, fundo que o antecedeu. O STF posicionava-se no sentido de separar as atribuições para propor a ação penal e a ação de improbidade administrativa, ou seja, a ação penal seria proposta pelo MPF, mesmo não existindo complementação da União, e a ação de improbidade, pelo MPE, ressaltando-se que todas as decisões se referem ao Estado de São Paulo, que não recebe complementação da União. Todavia, no ACO n. 1.079, o Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática, entendeu que a ação cível também era da atribuição do MPF. Seguem abaixo decisões sobre o FUNDEF:

DECISÃO. Vistos. Trata-se de conflito negativo de atribuições entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal suscitado pelo Procurador-Geral da República, em que se discute a quem caberia investigar possíveis desvios e emprego irregular de verbas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), no Município de São Bernardo do Campo-SP. [...] Na esfera penal, verifíco que o caso específico é peculiar, demandando uma análise mais minuciosa da compe-

tência criminal da Justiça Federal, tratada no artigo 109, IV, da Constituição Federal (“Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar: [...] IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União [...]”). *Entendo que o interesse de que trata o dispositivo supra não se restringe ao aspecto econômico, podendo justificá-lo questões de ordem moral.* Nesse sentido, Vladimir Souza Carvalho destaca que o prejuízo para a União que justifica a competência da Justiça Federal em matéria criminal “é econômico e/ou moral. Econômico, quando lesa o patrimônio do ente federal. Moral, quando vulnera seu serviço ou interesse” (Competência da Justiça Federal. 6. ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 360). No que concerne ao aspecto econômico, vale destacar que o FUNDEF, no Estado de São Paulo, não recebe recurso da União a título de complementação. [...] *De toda sorte, o interesse moral da União no fundo é evidente.* O FUNDEF [...] foi implantado no Brasil pela Emenda Constitucional n. 14/1996 e regulado pela Lei n. 9.424/1996. [...] Em 2007, foi sucedido pelo FUNDEB [...] A principal diferença entre os fundos é que o FUNDEF permitia investimentos apenas no ensino fundamental, ao passo que o FUNDEB também destina recursos à educação infantil, ao ensino médio e à educação de jovens e adultos. No que concerne à finalidade desses fundos, relaciona-se diretamente com o papel que a União desempenha no âmbito educacional, o qual é definido no artigo 211, § 1º, da Constituição, *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;” (grifou-se). *É que o FUNDEF, sucedido pelo FUNDEB, foi criado exatamente com os objetivos delineados no dispositivo supra, a saber: redução das desigualdades regionais relacionadas à educação (promoção da equidade), por meio do estabelecimento de um patamar mínimo de investimento por aluno; justiça social; melhoria na qualidade de ensino; e valorização do magistério, através da alocação prioritária de recursos na remuneração e qualificação dos professores. Outros dispositivos constitucionais demonstram o relevante papel da*

*União em matéria de ensino. O artigo 23, inciso V, da Constituição da República estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência”. O ensino, em todos os seus níveis, é tratado de forma tão relevante pela Constituição que um dos casos de intervenção federal nos Estados e destes nos Municípios ocorre quando não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita estadual ou municipal em sua manutenção (artigos 34, inciso VII, “e”, e 35, inciso III, da CF/88). Ademais, de acordo com o art. 2º, § 4º, da Lei n. 9.424/1996 – revogado pela Lei n. 11.494/2007 –, competia ao Ministério da Educação e do Desporto – MEC realizar, anualmente, censo educacional, cujos dados seriam publicados no Diário Oficial da União e constituiriam a base para fixar a proporção da distribuição dos recursos no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal. Destaco, ainda, que a Lei n. 9.424/1996 deixa evidente o papel de fiscalização da União na sua correta aplicação, o que não se restringia aos casos em que a União repassava recursos ao fundo a título de complementação. [...] Destarte, assume peculiar relevância o papel da União na manutenção e fiscalização dos recursos do FUNDEF, daí o seu interesse moral (político-social) em assegurar sua adequada destinação, o que atrai a competência da Justiça Federal, em caráter excepcional, para julgar os crimes praticados em detrimento dessas verbas e a atribuição do Ministério Público Federal para investigar os fatos e propor eventual ação penal. Em casos análogos, inclusive referentes a Municípios do Estado de São Paulo, onde da mesma forma não havia complementação com verbas federais, já se manifestaram, em decisão monocrática, os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Joaquim Barbosa: “[...] Bem examinados os autos, há que se reconhecer que a competência é do Ministério Público Federal. [...]*

Ainda que neste caso o Estado de São Paulo não tenha recebido complementação de verbas federais para o FUNDEF, o que afastaria a possibilidade de lesão direta a bens da União, não se pode descartar tenha sido lesado algum interesse federal que não ostente caráter exclusivamente financeiro, destacando-se o decidido pelo STF na ADI 1.749 (Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 15.4.2005, Ementário 2.187-1) [...]

*E, se há possibilidade de um interesse maior da União ter restado malferido, face a suposta aplicação irregular por Município das verbas do FUNDEF, a competência do Ministério Público Federal se impõe, seja na órbita cível ou criminal, à luz do previsto no art. 109 da Constituição de 1988.*

[...] Isso posto, conheço do conflito para declarar a atribuição do Ministério Público Federal (Procuradoria Regional da República da 3ª Região), para onde deverão ser remetidos os presentes autos” (ACO n. 1.079/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 19.5.2009, grifou-se). “DECISÃO:

[...] Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV da CF). [...]

*Evidentemente, em relação a eventual ato de improbidade administrativa atribuível ao Prefeito de Mirassol, a correspondente ação cível será da atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo, dada a ausência de previsão de competência da Justiça Federal para tanto (art. 109 da Constituição da República). Eventual interesse da União no feito, por ela manifestado nos respectivos autos, é que poderá acarretar o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Do exposto, nos termos do art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, resolvo o presente conflito no sentido de determinar a atribuição do Ministério Público Federal para atuar em matéria criminal. Remetam-se os autos à Procuradoria Regional da República no Estado de São Paulo” (ACO n. 1.313/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 1º.12.2009, grifou-se). “DECISÃO: [...] No que concerne à competência da Justiça Federal na esfera cível, somente se verifica quando a União tiver legítimo interesse para atuar como autora, ré, assistente ou oponente, conforme disposto no art. 109, inciso I, da Constituição, [...] Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra, comentando o dispositivo, ensinam que ele “adota o critério *ratione personae* para atribuir à Justiça Federal a competência para processar e julgar as causas em que a União tiver interesse e nessa condição figurar como autora, ré, assistente ou oponente no processo” (Comentários à Constituição do Brasil. v. 4. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 333). No âmbito cível, a razão de agir estaria no interesse em recuperar os recursos públicos indevidamente desviados e em punir o agente público pelo ato de improbidade a que deu causa. Neste caso, a princípio, a União não teria legítimo interesse em agir e, portanto, não figuraria como autora, ré, assistente ou oponente, pois, como antes visto, além de não lhe pertencerem os recursos desviados, tampouco o ato de improbidade é imputável a agente público federal. [...] O resultado, então, seria a possibilidade de propositura de*

ação penal pelo Ministério Público Federal e de improbidade administrativa pelo *Parquet* do Estado de São Paulo. Ante o exposto, conheço do presente conflito para determinar a atribuição do Ministério Público Federal em matéria criminal e do Ministério Público do Estado de São Paulo no âmbito cível. Remetam-se os autos à Procuradoria-Geral da República, ora suscitante. Publique-se. Brasília, 8 de março de 2010. Ministro Dias Toffoli Relator (ACO n. 1.285, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 8.3.2010, *DJe*-046, Divulg. 12.3.2010, Public. em 15 mar. 2010).

O Tribunal resolveu conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, no sentido de reconhecer a atribuição do primeiro para propor ação de improbidade administrativa contra ex-Prefeito de cidade paulista a respeito de aplicação do [...] FUNDEF. Considerou-se que os recursos em questão, durante a gestão do citado ex-Prefeito, não continham complementação de verbas federais [...] ACO n. 1.156/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.7.2009 (ACO-1156).

Analisando as decisões acima, com o devido respeito, há de se discordar dos posicionamentos adotados, tanto em relação à determinação de competência da justiça federal, mesmo quando não existia complementação da União no FUNDEF, quanto à separação da competência para processar e julgar ação criminal e cível.

Nos estados nos quais não havia complementação da União no FUNDEF, o fundo era composto apenas por impostos estaduais e municipais e por uma parcela dos recursos transferidos pela União aos estados e municípios, por meio dos fundos constitucionais, tais como FPE, FPM, IPI e IPI exportação.

O entendimento pacífico do STF é que o desvio desses recursos não atrai a competência da justiça federal nem tampouco a atuação do MPF. Ora, tais recursos pertencem originariamente aos estados e municípios, ressaltando-se, inclusive, que à União, nos termos do art. 160 da CF/88, é vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos das transferências mencionadas, salvo as restritas exceções previstas no seu parágrafo

único. Vê-se, portanto, que, conforme reconhecido pelo próprio STF, não existe interesse financeiro da União que atraia a competência da justiça federal, tampouco a atribuição do MPF.

Quanto aos argumentos de que existiria um interesse moral da União, tendo em vista a sua responsabilidade de promover a redução das desigualdades regionais relacionadas à educação, conforme previsto no § 1º do art. 211 da CF/88, entendemos que, ante importância do tema educação, todo o Estado brasileiro tem interesse moral na sua promoção, de acordo com o art. 23, inciso V, da CF, e não apenas a União, esta somente promove a equidade quando efetua a complementação, bem como quando cria programas buscando atender a alunos de todo o país, como o Programa Nacional de Alimentação ou de Transporte Escolar.

Imaginar que apenas a União tem interesse moral nos objetivos do FUNDEF, fundo criado por emenda constitucional, é reduzir de forma equivocada a importância de estados e municípios, ferindo os princípios da unidade federativa.

Outro equívoco consiste em separar as atribuições do MP para promover as ações penal e cível, sendo aquela para o MPF e esta para o MPE, vislumbrando na ação cível apenas o aspecto financeiro do ressarcimento e olvidando a punição estabelecida pela improbidade administrativa, pois, até mesmo por conveniência, quem apura e processa a ação penal deve também promover a ação cível e vice-versa, tendo em vista a semelhança das duas, especialmente dos tipos penais do Decreto-Lei n. 201/1967 e dos arts. 312 e 315 do CP com os tipos previstos nos arts. 9º a 11 da LIA.

E não é só a conveniência que justifica a tramitação das ações no mesmo órgão judicial, com atribuições para o mesmo órgão do MP em promovê-las. A argumentação do STF para tal separação consiste no fato de o inciso IV do art. 109 da CF/88 (que trata da

ação criminal) ter previsão específica que justifica a competência da justiça federal, tendo em vista o interesse moral da União, bem como o inciso I do mesmo artigo (que trata da ação cível) traçar que somente há atração da competência federal quando a União for interessada como autora, ré, assistente ou oponente. Ora, a própria construção jurídica usada para fundamentar a competência em matéria criminal, que reputamos equivocada, já demonstra que haveria interesse da União. Se existe interesse, ela é parte material na ação, não ficando relegada a competência da justiça federal apenas nos casos em que a Advocacia-Geral da União (AGU) toma a iniciativa de intervir como parte processual para justificar a competência federal. Além do que, quando o MPF promove a ação cível, o faz como substituto processual da União.

Ademais, se tal entendimento fosse levado às últimas consequências, chegaríamos ao palco de só existirem ações de improbidade na justiça federal propostas ou aderidas pelos órgãos da AGU, e estes, por se tratarem de órgãos despidos de garantias constitucionais como a independência funcional e a autonomia administrativa, poderiam, a despeito do real comprometimento dos seus membros, ser utilizados pelo chefe do Executivo como máquina contra adversários políticos, fazendo prosperar apenas as ações de seu interesse, manietando de forma inconstitucional o trabalho do MPF.

Portanto, defendemos que se o STF entende existir interesse da União para justificar a competência da justiça federal, posição que discordamos quando não existir complementação da União, a mesma posição deve ser adotada em relação à ação cível.

Outra observação a ser feita quanto às decisões do STF é em relação ao FUNDEB. Em decisão monocrática, o Ministro Dias Toffoli faz referência ao FUNDEB como fundo sucessor do FUNDEF, ressaltando como principal diferença entre eles o fato

de aquele ter maior abrangência, atingindo, além do ensino fundamental, o ensino médio, infantil e a educação de jovens e adultos. Todavia, outras considerações devem ser feitas sobre tal fundo. Destacamos como diferença entre eles o disposto no inciso X do art. 60 do ADCT, incluído pela EC n. 53/2006. Segundo tal dispositivo, aplica-se à complementação da União ao fundo o que dispõe o art. 160 da Constituição, ou seja, à União é vedada retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos da complementação, salvo as restritas exceções previstas no parágrafo único do citado artigo.

Este dispositivo, inicialmente, nos leva a imaginar que haveria mudança em relação ao órgão do MP com atribuição para atuar na circunstância de desvios de seus recursos e que seria atribuição do MPE atuar, mesmo que houvesse complementação da União, tendo em vista que tal complementação se incorporaria ao patrimônio dos estados e municípios, assim como ocorre nos fundos de participação como o FPE e FPM, considerados receitas originárias de estados e municípios.

No entanto, analisando a EC n. 53/2006 como um todo, logo se nota que tal forma de pensar não procede, pois, nos citados fundos, em que parte da receita de impostos federais pertence aos demais entes da federação, vê-se que a União atua como mera arrecadadora e distribuidora dos recursos, papel totalmente diferente do exercido na complementação do FUNDEB, já que neste a União atua cumprindo os papéis constitucionais estabelecidos no art. 23, inciso V, qual seja, o de promover a educação, e no § 1º do art. 211, praticando função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência financeira, tanto que, nos termos do inciso VIII do art. 60 do ADCT, com a redação dada pela EC n. 53/2006, os recursos transferidos como

complementação da União podem fazer parte do percentual de 18% (dezoito por cento) a que a União está obrigada, pelo art. 212 da CF/88, a investir no desenvolvimento do ensino.

Quanto aos casos de desvios de recursos transferidos aos municípios por meio das transferências legais e infralegais, o STF, com base no fato de os municípios prestarem contas dos recursos recebidos perante órgão federal (TCU e/ou Ministério da Educação/FNDE), sem fazer distinção se se trata de transferência direta ou por convênio, tem entendido que o MPF tem atribuição para promover as ações cíveis ou penais perante a justiça federal, conforme transcrição que segue:

Compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal pelo crime de malversação de verbas públicas recebidas, sob condição, da União e sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União. Incidência do art. 109, IV, da CF, que prevê a competência da justiça federal para processar e julgar prefeitos municipais por infrações praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União (no caso, trata-se de verbas *concedidas* a município pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE sujeitas à prestação de contas ao Ministério da Educação e a julgamento pelo Tribunal de Contas da União) [...] (STF, HC n. 78.728/RS, Segunda Turma, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 23.2.1999, DJ de 16 abr. 1999).

Mais uma vez, temos críticas ao posicionamento do STF, se não pela conclusão, mas pela fundamentação, pois entendemos que a prestação de contas não é o único fato relevante para fins de determinação de competência, tendo em vista que outros motivos importantes devem ser levados em consideração, tais como o fato de tratar-se de programas criados pela União, no cumprimento do seu papel constitucional estabelecido no § 1º do art. 211 da CF/88, por meio de resoluções, portarias, decretos ou, até mesmo, leis ordinárias, que, neste

caso, não são leis nacionais, mas leis de interesse predominantemente do ente federativo União, com finalidades específicas, como transportar os alunos que residem na zona rural até as escolas ou transferir recursos financeiros a fim de que os alunos recebam a quantidade de calorias necessárias para o seu desenvolvimento, por meio da merenda escolar.

### 3.4 As transferências da educação e o Superior Tribunal de Justiça

O posicionamento do STJ não destoa do adotado no STF quando se trata da competência para processar e julgar ações que versem a respeito de desvio de verbas do FPM, sendo pacífico que é da competência da justiça estadual, senão vejamos:

Processual penal. Competência. Crime cometido em tese por ex-prefeito. Parcelas do Fundo de Participação dos Municípios – FPM decorrentes de recursos tributários federais.

1. Não é da competência da justiça federal o processo e julgamento de crimes praticados na aplicação de recursos financeiros do Fundo de Participação dos Municípios transferidos e incorporados ao patrimônio dos municípios.

[...]

(CC n. 15.887/TO, Terceira Seção, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 8.5.1996, *DJ* de 1º jul. 1996, p. 23981).

Quanto ao FUNDEB, o STJ entendeu, em decisão de 4.6.2009, que, não existindo complementação da União, a competência para a ação penal é da justiça estadual – igual posicionamento era adotado em relação ao FUNDEF –, conforme segue:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. MALVERSAÇÃO DE VERBAS DO FUNDEB. PREFEITO MUNICIPAL. NÃO-COMPLEMENTAÇÃO DO FUNDO PELA UNIÃO. NOVA

SISTEMÁTICA TRAZIDA PELA LEI N. 11.494/2007. PRESTAÇÃO DE CONTAS AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 208/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

[...]

(CC n. 88.899/MG, Terceira Seção, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 13.5.2009, *DJe* de 4 jun. 2009).

Entretanto, quanto à competência para a ação cível por ato de improbidade, o STJ entendeu que a justiça federal só era competente caso a União interviesse no feito. Transcrevemos abaixo decisão nesse sentido e remetemos o leitor ao tópico anterior, em que nos posicionamos contrários ao entendimento:

PROCESSO CIVIL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA CONTRA EX-PREFEITO ACUSADO DE MALVERSAÇÃO DAS VERBAS DESTINADAS AO FUNDEF – AUSÊNCIA DE ENTE FEDERAL NA LIDE – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

[...]

3. A malversação de verbas destinadas ao FUNDEF prejudica o desempenho de competência atribuída à União pelo art. 211 da Constituição da República.

4. Em matéria penal, a competência é da Justiça Federal, a teor da Súmula 208/STJ.

5. Em matéria cível, entretanto, a jurisprudência majoritária da Primeira Seção é no sentido de entender que a competência da Justiça Federal só se faz presente quando estiver no processo ente federal, o que incoorre na espécie.

[...]

(CC n. 64.749/PR, Primeira Seção, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 28.3.2007, *DJ* de 16 abr. 2007, p. 155).

Não encontramos decisão do STJ que trate da competência para processo e julgamento de ações que versem sobre desvios de verbas da quota dos municípios do salário-educação.

Em relação ao desvio de verbas da educação repassadas aos municípios por transferências legais e infralegais, destacamos, inicialmente, o posicionamento do STJ por meio das Súmulas n. 208<sup>6</sup> e 209<sup>7</sup>, que, assim como no STF, emprestam relevo definitivo ao fato de as prestações de contas serem apresentadas perante órgãos federais, como o TCU e/ou FNDE. Para evitar repetições, remetemos mais uma vez o leitor ao tópico anterior, em que consta nosso posicionamento sobre o tema.

De certa forma, a aplicação das referidas súmulas remete à justiça federal a competência para conhecer as ações que versem sobre desvios das transferências citadas, pois, em ambas, a prestação de contas é apresentada perante o FNDE, podendo o TCU também julgá-las.

Nas transferências legais é possível verificar que o STJ entende que tanto a ação penal quanto a ação cível, por desvio dos seus recursos, devem tramitar perante a justiça federal, com atuação do MPF. Nesse sentido, citamos o HC n. 28.292/PR, relator Ministro Paulo Gallotti, em que o tema foi enfrentado, e o STJ decidiu que o desvio de recursos do PNAE atrairia a competência da justiça federal. No REsp n. 799.511/SE, relator Ministro Luiz Fux, sem enfrentar o tema, em ação de improbidade promovida pelo MPF, também de verbas do PNAE, o tribunal não fez ressalvas à competência da justiça federal.

---

<sup>6</sup> Súmula n. 208: compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

<sup>7</sup> Súmula n. 209: compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

Nas transferências infralegais também não é diferente, e no R.Esp n. 809.088, relator Ministro Francisco Falcão, o STJ considerou correta a situação de ação de improbidade proposta pelo MPF na justiça federal contra ex-prefeito acusado de desvio de verbas de convênio firmado com o FNDE. O HC n. 62.998/RO, abaixo transcrito, demonstra que o mesmo entendimento prevalece quanto à ação penal:

PROCESSUAL PENAL. CRIME EM PROCESSO DE LICITAÇÃO. LEI 8.666/93. PROGRAMA FUNDESCOLA. SUJEIÇÃO AO CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. VERBA NÃO INCORPORADA AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Na linha do entendimento inserto nos enunciados n. 208 e 209 da Súmula deste STJ, compete à Justiça Federal processar e julgar crimes de desvio de verbas oriundas de órgãos federais, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União e não incorporadas ao patrimônio do Município.

2. Sendo o Programa FUNDESCOLA vinculado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), eventual fraude em processos licitatórios para sua implementação deverá ser examinada pela Justiça Federal.

[...]

(HC n. 62.998/RO, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 15.2.2007, *DJ* de 12 mar. 2007, p. 282)

#### **4 Conclusão**

Mencionamos que, em uma análise financeiro-orçamentária, as transferências de recursos da União para os municípios aplicarem em educação classificam-se em transferências voluntárias e obrigatórias, porém traçamos que tal classificação não era relevante para os fins deste trabalho, por isso demos ênfase às formas

de transferências e listamos as constitucionais, legais e infralegais, como classificação de maior relevo, especialmente levando em consideração os objetivos e a legislação aplicável a cada transferência, em que podemos coligir os elementos necessários para apontar qual órgão do MP tem atribuição de promover as ações em casos de desvios destas verbas e qual órgão do Judiciário é competente para conhecê-las.

Conforme apresentado, existem 3 (três) tipos de transferências constitucionais de recursos da União para os municípios aplicarem em educação: a realizada por meio do FPM, a transferência de parte dos recursos da contribuição social salário-educação – em que eventuais desvios urgem ao MPE promover a responsabilização dos culpados perante a justiça estadual – e a complementação do FUNDEB, que entendemos caber ao MPF e à justiça federal analisarem os desvios eventualmente ocorridos, patente que é o interesse federal, sendo a complementação uma forma de a União cumprir o que determinam o § 1º do art. 211 e o *caput* do art. 212 da CF/88.

Todavia, quando não houver complementação da União no FUNDEB/FUNDEF, não há que se falar em competência da justiça federal nem em atribuição do MPF para propor a ação penal, pois não existe interesse econômico da União, e todo o Estado brasileiro tem interesse moral no desenvolvimento da educação, não apenas a União, como se tem manifestado o STF.

Defendemos que as atribuições do MPF, caso haja complementação, abrangem tanto a ação penal como a ação de improbidade, e, nesta última, a atribuição do MPF não fica condicionada à adesão da União no polo ativo da demanda, sob pena de inviabilizar a atuação ministerial.

Quanto às transferências legais e infralegais, cabe ao MPF promover as ações de responsabilização civil e/ou penal por eventuais desvios, sendo da competência da justiça federal conhecer tais ações, tendo em vista os objetivos, a forma como foram criadas e o fim a que se destinam, já que a União, promovendo a educação, nos termos do inciso V do art. 23 da CF/88, cumpre o papel que lhe foi determinado pelo § 1º do art. 211 da CF e aplica o percentual mínimo no desenvolvimento do ensino estabelecido no art. 212 da Constituição.

Acrescentamos ao que foi dito acima sobre o entendimento do STF de separar as atribuições para atuar, no caso do FUNDEB/FUNDEF, estabelecendo ao MPF a atuação na esfera penal e ao MPE na esfera cível, que tal posicionamento leva em consideração apenas o ressarcimento ao erário, e, realmente, como os recursos desses fundos pertencem aos entes federativos, mesmo com complementação, o ressarcimento em casos de desvios deve ser feito ao ente federativo prejudicado, porém, nesses casos, o STF olvida as punições pela improbidade praticada e o interesse da União nessa punição, pois os recursos transferidos não atingiram os fins a que eram propostos. A ação cível, em caso de complementação da União nos fundos, só deve ser proposta perante a justiça estadual quando não for possível atingir as punições dos arts. 9º a 11 da LIA, ou seja, quando se buscar apenas o ressarcimento.

Esperamos ter trazido luzes a um assunto tão complicado como as transferências federais de recursos da educação e ter colaborado no debate sobre as atribuições do MP e a competência judicial para a promoção e julgamento das ações que versem sobre desvios de recursos da educação, pois a indefinição desta matéria é propícia à impunidade dos responsáveis, seja pela prescrição, seja pela nulidade de processos tramitados em diversas instâncias.

## Referências

- BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa legislação comentada artigo por artigo*. Niterói: Impetus, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SAVIANO, Demerval. *Da nova LDB ao FUNDEB*. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2008.
- SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. 6. ed. Campinas: Millennium, 2004.