

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

MARLOS REGIS COELHO LIMA FILHO

**CRIMES DE MALVERSAÇÃO DE VERBAS DO FUNDEB NO DECRETO-LEI
201/67: instrumentalizando a população para identificar e denunciar as condutas ilícitas dos
prefeitos**



São Luís
2017

MARLOS REGIS COELHO LIMA FILHO

**CRIMES DE MALVERSAÇÃO DE VERBAS DO FUNDEB NO DECRETO-LEI
201/67: instrumentalizando a população para identificar e denunciar as condutas ilícitas dos
prefeitos**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra Maria De Jesus Rodrigues Araujo Heilmann

São Luís
2017

MARLOS REGIS COELHO LIMA FILHO

**CRIMES DE MALVERSAÇÃO DE VERBAS DO FUNDEB NO DECRETO-LEI
201/67: instrumentalizando a população para identificar e denunciar as condutas ilícitas dos
prefeitos**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Maranhão, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Aprovado em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Profª. Dra. Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann
(Orientadora)

(Examinador)

(Examinador)

Lima Filho, Marlos Regis Coelho.

Crimes de Malversação de Verbas do FUNDEB no Decreto-Lei 201/67: instrumentalizando a população para identificar e denunciar as condutas ilícitas dos prefeitos / Marlos Regis Coelho Lima Filho. - 2017.

94 f.

Orientador(a): Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Decreto-Lei 201/67. 2. FUNDEB. 3. Instrumentalizar. 4. Prefeitos. I. Heilmann, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. II. Título.

“Não só são ladrões, diz o santo, os que cortam bolsas, ou espreitam os que se vão banhar para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com mancha, já com forças, roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco, estes sem temor nem perigo; os outros se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam.”

(Sermão do Bom Ladrão, Pe. Antônio Vieira)

Dedico este trabalho à minha família, meus amigos e minha namorada, os quais sempre me apoiaram e não mediram esforços para que eu superasse mais essa etapa na minha vida.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por mais esse feito, por sempre me guiar pelo caminho correto e sempre me dar força para seguir em frente.

A minha família, especialmente, minha Mãe, por dedicar sua vida para me fazer feliz, por sempre ter me apoiado e nunca ter desistido de mim, por ser a referência na minha vida. Espero um dia chegar a ser metade do que é essa grande mulher, sua força de vontade e dedicação são um exemplo de vida.

Aos meus Irmãos, por terem me ensinado a lidar com as diferenças.

As minhas Avós, por todo amor, carinho e atenção dados ao longo de toda minha vida. Além do apoio financeiro que me proporcionou chegar até aqui. A minha avó paterna que, apesar de não estar mais entre nós, guia-me sempre, onde quer que esteja.

Agradeço, ainda, a minha namorada, mulher de personalidade forte que é capaz de me tirar de qualquer escuridão, pessoa que acredita em mim em todas as situações, até quando nem eu mesmo acredito. Companheira de todas as horas, meu porto seguro.

Aos meus amigos, especialmente, Luís e Thiago, companheiros de toda a vida, risadas que aliviam as horas de tristeza e engrandecem os momentos de alegria.

A meu amigo Manoel Carlos, inteligência inigualável, mas, além disso, é ser humano excepcional, capaz de incentivar com poucas palavras até o mais triste e desacreditado ser humano. Pessoa que fará do judiciário um lugar mais acolhedor e acessível.

À professora Maria de Jesus, que muito me auxiliou na construção desta Monografia, pela paciência com meus erros e pela dedicação como educadora.

RESUMO

A educação é essencial para o desenvolvimento do Brasil, notadamente, a educação básica, a qual forma o alicerce do cidadão. Partindo desse pressuposto, surgiu o FUNDEB, o qual busca desenvolver a educação básica e a valorização do magistério. Com a grave crise das instituições públicas, a partir do aumento significativo da corrupção e, dada a importância da destinação dos recursos do FUNDEB, é essencial que se instrumentalize a população para que possa identificar as malversações realizadas pelos gestores públicos, em especial, o prefeito, visto que a fiscalização nos municípios é mais deficitária. Essa instrumentalização é realizada através do conhecimento, pela população, de informações essenciais acerca do FUNDEB e dos crimes dos prefeitos realizados em detrimento deste. Condutas chamadas pelo art. 1º, do Decreto-Lei 201/67 de crimes de responsabilidade, os quais podem ocasionar sérias dilapidações do patrimônio público, por conseguinte, geram sucateamento da educação básica municipal. Portanto, com o conhecimento necessário, pode a população identificar os crimes e denunciá-los as autoridades competentes, o que dificulta a atuação de gestores ímprobos e assegura com mais eficiência a aplicação correta dos recursos do FUNDEB.

Palavras-chave: Instrumentalizar. FUNDEB. Prefeitos. Decreto-Lei 201/67.

ABSTRACT

Education is essential to the development of Brazil, notably, basic education which is the foundation of the citizen. Starting from this assumption, FUNDEB was created seeking the development of basic education and the promotion of the teaching profession. With the crisis of public institutions, originated by the significant increase of corruption, and given the importance of FUNDEB resources allocation, it is essential to prepare the population to identify the malpractices carried out by public managers, in particular the mayor, as the supervision in the municipalities is more deficient. This preparation occurs through the population knowledge of essential information about FUNDEB and the crimes committed by mayors in relation to it. Behavior named by Article 1, of the Decree-Law 201/67, as crime of responsibility which may result in serious dilapidation of public patrimony, therefore, generating the scrapping of basic education in municipalities. So, with the necessary knowledge, the population can identify these crimes and report them to the competent authorities, this hinders the performance of dishonest managers and ensure, more efficiently, the correct application of FUNDEB resources.

Keywords: Prepare. FUNDEB. Mayors. Decree-Law 201/67.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. - Artigo

CF88 – Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

DF – Distrito Federal

FNS – Fundo Nacional de Saúde

FUNDEF - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério

FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação

HC – Habeas Corpus

INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa Educacionais Anísio Teixeira

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

MEC – Ministério da Educação

Min. - Ministro

Pg.- Página

PNAE – Programa Nacional de Alimentação Escolar

Rel. - Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1	16
1.1 A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	16
1.1.1 Os princípios constitucionais de promoção da educação	16
1.1.2 Repartição das competências constitucionais e de financiamento do sistema educacional	18
1.1.3 Das emendas constitucionais que instituíram Fundos especiais para área de educação: FUNDEF e FUNDEB	20
1.2. A PRIMEIRA POLÍTICA PÚBLICA DE INVESTIMENTO A PARTIR DO FUNDEF	22
1.2.1 Censo Escolar como mecanismo de delimitação do recurso	24
1.3. ASPECTOS ESSENCIAIS ACERCA DO FUNDEB (LEI 11.494/2007)	28
1.3.1. Das receitas que compõem o FUNDEB	29
1.3.2. O Censo Escolar e Valor por Aluno/Ano	31
1.3.3. Distribuição dos recursos do FUNDEB aos municípios	32
1.3.4 Fiscalização e Transparência das Informações	35
1.3.4.1. O princípio da transparência como mecanismo de acesso às informações	35
1.3.4.2. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e o FUNDEB	38
1.3.5 Do Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB	38
1.4 APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDEB PELOS MUNICÍPIOS	40
1.4.1. Da gestão dos recursos	40
1.4.1.1. Movimentação e irregularidade	40
1.4.2. Parcela Mínima de 60% do FUNDEB	41
1.4.3. Parcela de até 40% do FUNDEB	42
CAPÍTULO 2	44
2.1. REPASSES DE RECURSOS INTERGOVERNAMENTAIS ENTRE A UNIÃO E OS DEMAIS ENTES FEDERATIVOS	44
2.1.1. Das verbas federais transferidas aos municípios: a publicidade com base na Lei 9.452/97	45
2.2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TRANSFERÊNCIAS COMPULSÓRIAS E SUA RELAÇÃO COM O FUNDEB	46
2.2.1. As transferências constitucionais e o FUNDEB	46
2.2.2 As transferências legais e o FUNDEB	47
2.3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS	48
2.4. O PNAE DESTINADO À EDUCAÇÃO ALIMENTAR E NUTRICIONAL	50

2.5. AS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS DOS RECURSOS FEDERAIS DE QUE TRATA O DECRETO 7.507/11	51
CAPÍTULO 3	53
3.1. DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS: ANTECEDENTES LEGAIS	53
3.2. O ATUAL DECRETO LEI Nº 201/67: UM COMPARATIVO COM A LEGISLAÇÃO REVOGADA E SUA RECEPÇÃO NA CF.....	56
3.3. DECRETO-LEI 201/67 E OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE	59
3.3.1 Origens da Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92).....	62
3.3.2. Conduta ímproba e peculiaridades previstas na Lei nº 8.429/92.....	63
3.3.2.1 Sujeitos ativos.....	63
3.3.2.2 Sujeitos passivos.....	64
3.3.2.3. Atos que configuram improbidade administrativa.....	65
3.3.2.3.1. atos que importem em enriquecimento ilícito.....	65
3.3.2.3.2. atos que importam em prejuízo ao erário.....	66
3.3.2.3.3. dos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.....	68
3.3.2.3.4. atos que atentem contra os princípios da administração pública	70
CAPÍTULO 4	72
4.1. CRIMES DE MALVERSAÇÃO DE VERBAS REALIZADOS PELOS PREFEITOS EM DETRIMENTO DO FUNDEB (ART. 1º, DL 201/67)	72
4.1.1. Apropriar-se de bens e rendas públicas, ou desviá-las em proveito próprio ou alheio (art. 1º, I, dl 201/67).....	73
4.1.1.1. Apropriar de rendas ou bens públicos em proveito próprio ou alheio.	74
4.1.1.2. Desviar rendas ou bens públicos em proveito próprio ou alheio.	74
4.1.2. Utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas e serviços públicos (art. 1º, II, dl 201/67).....	78
4.1.3. Desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas (art. 1º, III, dl 201/67)	80
4.1.4. Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação dos recursos, empréstimos, subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título (art. 1º, VII, dl 201/67).....	83
4.2. ÓRGÃOS COMPETENTES PARA JULGAMENTO DOS CRIMES REALIZADOS PELOS PREFEITOS.	85
4.2.1 Foro competente nos crimes praticados por prefeitos em detrimento do FUNDEB (súmulas 208 e 209 do STJ)	86
CONCLUSÃO.....	90
REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

É de consciência geral a importância da educação para o desenvolvimento de uma sociedade, nesse sentido, todos os esforços são necessários para a melhoria do ensino no país, haja vista ser essa condição essencial para manter o crescimento do Brasil em taxas altas.

A própria Constituição da República afirma que a educação é um direito de todos e um dever do estado e da família, devendo ser incentivada e promovida com a colaboração de toda a sociedade, com o objetivo de assegurar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação profissional (art. 205).

Em vista disso, é essencial instrumentalizar a sociedade para combater eventuais improbidades que possam ocorrer em desfavor dos recursos da educação. É cediço que o Brasil vive um momento de forte crise política e ética, com notícias frequentes sobre corrupção, a qual atinge todos os âmbitos do governo.

Vale ressaltar que na esfera municipal é muito mais complicado fiscalizar a aplicação dos recursos públicos, haja vista a enorme quantidade de municípios e o tamanho do território nacional, assim, é forçoso ensinar a população a identificar as condutas lesivas e os órgãos de controle, só assim seríamos mais eficazes em combater as improbidades.

Nesse liame, o presente estudo busca instrumentalizar a população, de modo a lhe possibilitar meios de identificar as malversações realizadas pelos prefeitos em detrimento do FUNDEB.

Essa instrumentalização ocorrerá por etapas. Em primeiro lugar, delimitar-se-á o que é, como surgiu e qual a finalidade do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, fazendo-se sempre um paralelo entre este e a Constituição Federal.

Ressalta-se que ao analisar o FUNDEB é de extrema necessidade discorrer sobre o Fundo que o precedeu, isto é, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF. Identificando as diferenças e semelhanças existentes entre ambos, bem como destacando quais foram as melhorias decorrentes da transição de um Fundo para outro.

Posteriormente, identificar-se-á como são repassados os recursos para a composição da receita que constitui o FUNDEB, desse modo, a população pode verificar como os valores serão transferidos ao patrimônio da prefeitura.

Após a análise dos aludidos conceitos, passa-se a estudar, de fato, o Decreto-Lei 201/67, o qual disciplina os crimes de responsabilidade e as infrações político-administrativas

realizadas pelos prefeitos, porém, assevera-se que trataremos apenas das condutas dispostas no art. 1º do referido Decreto-Lei, as quais são definidas como crimes de responsabilidade.

Com efeito, para dispor sobre o DL 201/67, é necessário identificar e analisar o momento histórico no qual foi criado, em pleno regimento militar, bem como se, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a ocorrência do instituto da recepção. Ademais, serão verificadas as diferenças existentes entre as condutas contidas no DL 201/67 e os atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), pois somente dessa maneira o povo possuirá meios de entender a natureza dos crimes de responsabilidade.

Feitas essas observações, ocorrerá o exame de cada uma das condutas em que o gestor municipal pode incidir ao administrar os recursos do FUNDEB, sempre exemplificando os crimes através de casos concretos retirados da jurisprudência pátria, para que assim a população possa identificar com mais clareza quando o prefeito está ou não praticando uma conduta criminosa elencada no DL 201/67.

Por fim, identificar-se-á a autoridade judiciária competente para julgar os delitos praticados pelos prefeitos em detrimento do FUNDEB, com base na aplicação das súmulas 208 e 209 do STJ, as quais tratam sobre competência de julgamento.

Portanto, busca-se instrumentalizar a população através do conhecimento, com o intuito de intensificar e sofisticar a fiscalização da aplicação dos recursos do FUNDEB e, assim, possibilitar uma redução das malversações realizadas pelos prefeitos corruptos em detrimento do Fundo.

Ademais é importante ressaltar que, o FUNDEB completou 10 anos em 2017, em um cenário político de crise e limitações aos gastos públicos, merecendo ainda mais atenção e eficiência na aplicação de seus recursos, posto que eles são escassos e a necessidade da população por educação de qualidade só aumenta.

Outrossim, é cediço que a debilidade no sistema educacional traz graves problemas sociais, dentre os quais podemos destacar o aumento da criminalidade, haja vista que a partir do momento que o jovem não adquire conhecimento com qualidade e não vê a escola como um porto seguro, acaba sem ter perspectiva de crescimento profissional, por conseguinte, busca na criminalidade uma forma de sair da pobreza, por achar que o estudo não lhe trará bons frutos. Dito isso, percebe-se que a educação é o alicerce não só para desenvolver intelectualmente a população, mas para fomentar a melhora de todo o IDH do país.

Destaca-se, ainda, a área de atuação do Fundo, o qual é aplicado na educação básica e na valorização do magistério, ora, em um país de tanta desigualdade social, é

imprescindível estimular a melhoria da educação básica, uma vez que, como o próprio nome já explicita, é a base do ensino, se uma criança encontra ensino de qualidade logo na infância e começo da adolescência terá menos dificuldade no ensino médio e terá mais chances de ingressar no ensino superior.

Diante de tais reflexões, torna-se cada vez mais necessário valorizar o profissional da educação, pois melhorar a educação de crianças e jovens é investir no desenvolvimento e futuro do país. Portanto, a má aplicação dos recursos do FUNDEB pelos gestores municipais pode ocasionar reflexos desastrosos no crescimento do Brasil e na formação do caráter das futuras gerações, pois o presente já demonstra o quanto tem-se perdido com a violência dentro e fora das escolas.

Assim, instrumentalizar a população para fiscalizar os crimes cometidos em detrimento do FUNDEB poderá aumentar drasticamente a eficiência na aplicação dos recursos, visto que a participação popular poderá inibir a atuação de gestores ímprobos.

CAPÍTULO 1

1.1. A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 assegura a educação como um “direito de todos e um dever do Estado e da família”, devendo ser incentivada e promovida com a colaboração de toda a sociedade, com o objetivo de assegurar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação profissional (art. 205).

Destarte, a Carta Magna de 1988 demonstra que essa preocupação com a educação não é apenas obrigação do Estado, mas de toda a sociedade, posto que o reflexo de uma boa educação é, exatamente, uma sociedade composta de pessoas mais preparadas para o exercício de sua cidadania, que possam desenvolver suas capacidades ou aptidões, mais atentas aos problemas que ocorrem na sociedade, além de profissionais mais qualificados, os quais, por meio da execução de suas atividades, trarão melhorias para o autodesenvolvimento e sustentabilidade das condições de vida em sociedade como um todo.

O sistema constitucional se alicerça em uma base de princípios gerais e especiais, que se passa a destacar.

1.1.1. Os princípios constitucionais de promoção da educação

Assim, buscando atingir os referidos objetivos, a Constituição consagrou alguns princípios básicos, em capítulo próprio que tratou no Título VII - Da Ordem Social, e mais especificamente no capítulo III.

Observa-se que quanto à oferta do ensino no país, enumeram-se vários princípios dentre os quais: a igualdade de acesso; liberdade de pensamento quanto à aprendizagem, ensino, pesquisa e arte; o pluralismo de ideias; gratuidade do ensino público; a valorização profissional através de lei que assegure plano de cargos e salários das carreiras de educadores; garantia da gestão democrática do ensino e do padrão de qualidade, consoante se depreende da leitura do art. 206, *in verbis*:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

- III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - garantia de padrão de qualidade.
- VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Percebe-se, também, que o texto constitucional ao inserir a educação na categoria de direitos sociais, mantém perfeita sintonia entre alguns desses princípios com aqueles capitulados no art. 5º, da CF, relacionados com os princípios gerais da proteção de direitos fundamentais, como por exemplo, a proteção da igualdade entre brasileiros e estrangeiros (Art. 5º caput), possibilitando a todos, indistintamente, o acesso e a permanência na escola em igualdade de condições.

Entre estes se destaca o princípio da proibição da censura, tendo em vista que o conhecimento será difundido sem limitações (salvo conteúdos impróprios para determinadas idades), fazendo com que haja liberdade para ensinar e aprender nas salas de aula, o que favorece sobremaneira a difusão do conhecimento, posto que se fomenta o pluralismo de ideias e concepções.

Cabe elencarmos aqui, a título de exemplo, alguns dos princípios insculpidos no art. 5º, CF, que possuem relação direta com a educação, dentre os quais podemos destacar:

- a) a liberdade de pensamento (art. 5º, IV), uma vez que na escola, os alunos e profissionais da educação são livres para expressarem suas opiniões, porquanto o ambiente educacional, por fomentar o conhecimento, necessita do diálogo para desenvolver-se com plenitude;
- b) a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), já que o conhecimento pressupõe a ausência de preconceitos, portanto, a liberdade de credo está intrinsecamente ligada à ideia de educação. Desse princípio também decorre a proibição de privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica e política (art. 5º, VIII);
- c) a liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença (art. 5º, IX), assim como nos princípios dispostos anteriormente, aqui há a valorização da liberdade. Na escola, busca-se criar indivíduos críticos, que possuam meios de solucionar problemas na sociedade,

consequentemente, é imprescindível proporcionar-lhes liberdade, para que possam analisar o mundo como um todo e não somente a partir de uma visão imposta pela sociedade.

Ademais, o ensino público deve ser gratuito, o que favorece a população mais carente de recursos econômicos, possibilitando que estas tenham acesso à educação e possuam mais chances de sair da situação de marginalização social e pobreza na qual se encontram, além disso, faculta às outras camadas sociais optarem por ensino público, pois a lei não veda que pessoas em melhores condições econômicas tenham acesso às matrículas em escolas e universidades públicas.

Logo, é extremamente importante a valorização dos profissionais da educação, a partir da instituição de salários dignos, o aperfeiçoamento através de cursos de capacitação e locais apropriados com instalações para o desenvolvimento do ensino, uma vez que as condições do meio ambiente educacional melhorarão o padrão de qualidade do ensino e do aprendizado.

A instituição dos aludidos princípios constitucionais demonstra nitidamente a intenção do legislador originário em proteger e incentivar a educação, tendo em vista que esta é direito social fundamental (art. 6º, da CF), portanto, é dever do Estado executá-la de forma eficiente, investindo no padrão de qualidade, de maneira a favorecer em todos os níveis de ensino um desenvolvimento satisfatório.

1.1.2. Repartição das competências constitucionais e de financiamento do sistema educacional

Cabe ressaltar, que os sistemas de ensino serão organizados em regime de colaboração entre os quatro entes federados, desse modo, cada um deles atuará prioritariamente em uma área específica do ensino, quais sejam:

- a) a União irá organizar o sistema federal de ensino e o dos territórios, financiará a instituições de ensino público federais, também exercerá, em matéria educacional, a função distributiva e supletiva, com o intuito de garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 211, § 1º, da CF);

- b) já os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio (art. 211, § 3º, da CF);
- c) por fim, os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, da CF).

Daí ser tão essencial a proteção dos recursos financeiros revertidos à educação, notadamente, em relação aos recursos dirigidos ao município, já que este fica na base da cadeia educacional, responsável pelo ensino infantil e fundamental, portanto, criador do alicerce do conhecimento, assim, um desenvolvimento incompleto ou deficiente nesse âmbito faz com que o aluno tenha severas dificuldades nas séries seguintes.

Nesse diapasão, a nossa Constituição determinou os percentuais mínimos da receita de impostos a serem aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios na manutenção e desenvolvimento do ensino, consoante inteligência do art. 212, veja-se:

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 [Destacou-se em negrito].

É essencial frisar a importância dessa norma constitucional, uma vez que esta vincula as receitas provenientes dos impostos, conquanto sejam estes, por natureza, não vinculados a nenhuma prestação estatal específica, dessarte, mais uma vez, buscou o legislador originário uma efetiva proteção da educação, limitando a discricionariedade dos entes estatais a fim de que o objetivo mais importante seja alcançado, o desenvolvimento da sociedade.

Outrossim, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei 9.394/96) institui em seus arts. 70¹ e 71², respectivamente, o que está ou não compreendido no rol de

¹ Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
 II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;
 III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;
 IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;
 V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;
 VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;
 VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
 VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

² Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

despesas voltadas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino. Em vista disso, buscou-se delimitar a área de aplicação dos recursos, para que sejam utilizados realmente na educação, dificultando ações ilícitas dos gestores que tenham o intuito de destinar os valores a áreas alheias ao ensino.

1.1.3. Das emendas constitucionais que instituíram Fundos especiais para área de educação: FUNDEF e FUNDEB

Com base nesse sentimento de proteção do ensino, foram promulgadas duas emendas constitucionais que instituíram Fundos de manutenção do ensino:

A primeira ocorreu em 1996 (Emenda Constitucional nº 14), a qual instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, conhecido por FUNDEF (art. 60, § 1º, ADCT, da CF), cujo fito era melhorar a distribuição e aplicação dos recursos na educação, tendo por base a divisão de responsabilidade elencada no supracitado art. 211, da CF, a fim de que fosse possibilitada uma remuneração digna aos docentes e um desenvolvimento efetivo no ensino fundamental.

O FUNDEF possuía vigência de 10 anos, após este prazo, foi promulgada a segunda Emenda Constitucional nº 53 de 2006, a qual instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, denominado FUNDEB, vigente até hoje, cuja intenção era de aperfeiçoar o FUNDEF e ampliar a área de atuação deste, passando, inclusive, a focar atenção com prioridade em toda a educação básica nacional.

A Lei de Diretrizes Base da Educação aduz que a educação básica é formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio (art. 21³, I, Lei 9.394/96). Além disso, destaca qual é a finalidade da educação básica, conforme se depreende do art. 22 da referida Lei, “Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a

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

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

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

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

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

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

³ Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior.

formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores” (BRASIL, 1996).

Em síntese, o legislador constitucional buscou de várias formas assegurar uma proteção consistente para a educação, contudo, a implementação das normas se insere nas funções da Administração Pública dos entes da Federação, os quais possuem o dever de resguardá-la. Sendo, no entanto, primordial a atuação de toda a sociedade, visto que o reflexo de uma má educação atinge o desenvolvimento de todo o país, e a segurança do Estado ao corpo social.

Cabe, por fim, apresentar o que afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2014) sobre a educação como serviço não exclusivo do Estado:

Há cinco espécies de serviço que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão. São os serviços: 1) da educação, 2) de saúde, 3) de previdência social, 4) de assistência social e 5) de radiodifusão sonora e de sons e imagens [grifo nosso] (MELLO, 2014, p. 713).

1.2. A PRIMEIRA POLÍTICA PÚBLICA DE INVESTIMENTO A PARTIR DO FUNDEF

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (adiante FUNDEF) foi criado pela Emenda Constitucional nº 14, de setembro de 1996, a qual modificou alguns artigos da Constituição, dentre eles o art. 60 do ADCT, que em seu parágrafo primeiro instituiu o aludido fundo com a seguinte redação:

Art. 60. Nos dez primeiros anos da promulgação desta emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, a manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

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

Este fundo foi regulado pela Lei Federal nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e pelo Decreto nº 2.264, de junho de 1997, tendo sido implantado, em todo o país, em 1º de janeiro de 1998, quase 10 anos após a promulgação da atual Constituição, prazo este que havia sido estipulado pelo constituinte originário para o poder público e a sociedade desenvolverem esforços para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental, conforme redação original do ato das disposições constitucionais transitórias:

Art. 60. Nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição, o Poder Público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade e com a aplicação de, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental [REDAÇÃO ORIGINAL DO ADCT].

Importante, também, destacar os art. 1º e 2º, da Lei 9.424/96, veja-se:

Art. 1º É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o qual terá natureza contábil e será implantado, automaticamente, a partir de 1º de janeiro de 1998.

Art. 2º Os recursos do Fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu Magistério.

Os recursos do FUNDEF eram aplicados exclusivamente na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e na valorização do magistério.

Ademais, o fundo inovou ao vincular uma parcela dos recursos destinados à educação para o ensino fundamental, além disso, determinou novos critérios para o repasse dos recursos, os quais eram partilhados entre aos estados e municípios com base na quantidade de alunos atendidos por cada ente, assevera-se que os referidos recursos eram repassados automaticamente. (Manual de Orientação do FUNDEF, 2003)

Nesse sentido, forçoso é demonstrar como se dava a composição do aludido fundo. O FUNDEF era composto, basicamente, por recursos dos próprios Estados e Municípios, originários de fontes já existentes, conforme art. 1º, § 1º, da Lei 9.424/96:

§ 1º O Fundo referido neste artigo será composto por 15% (quinze por cento) dos recursos:

I - da parcela do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, devida ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios, conforme dispõe o art. 155, inciso II, combinado com o art. 158, inciso IV, da Constituição Federal; (Vide Medida Provisória nº 339, de 2006).

II - do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE e dos Municípios - FPM, previstos no art. 159, inciso I, alíneas *a* e *b*, da Constituição Federal, e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; e (Vide Medida Provisória nº 339, de 2006).

III - da parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI devida aos Estados e ao Distrito Federal, na forma do art. 159, inciso II, da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 61, de 26 de dezembro de 1989. (Vide Medida Provisória nº 339, de 2006).

Além disso, ocorria a complementação dos citados valores com recursos federais, os quais possuíam o intuito de assegurar a aplicação de valores mínimos por aluno/ano nos estados e municípios onde este patamar básico não fosse alcançado, buscando-se manter em igualdade o desenvolvimento da educação no país, para que não houvesse grandes disparidades entre os entes federativos mais ricos e os mais pobres. (art. 6º, Lei 9.424/96⁴)

⁴ Art. 6º A União complementarará os recursos do Fundo a que se refere o art. 1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

Percebe-se que a composição do FUNDEF era bem diversificada, havendo repasses tanto da União quanto dos estados e municípios, todos atrelados ao objetivo de fomentar o desenvolvimento do ensino fundamental e do magistério.

Os recursos eram destinados aos estados e municípios que possuíssem educação fundamental (1º ao 8º ano do antigo 1º grau) em suas redes de ensino público, os valores eram determinados com base no Censo Escolar do ano anterior. Frisa-se que não eram computados para repasse dos recursos os alunos que estivessem matriculados na educação infantil, no ensino médio, supletivo ou qualquer nível que não fosse o fundamental (art. 2º, §§ 1º a 4º, da Lei 9.424/96⁵).

1.2.1 Censo Escolar como mecanismo de delimitação do recurso

Como destacado anteriormente, os recursos eram repassados com base no Censo Escolar do ano anterior, tendo em vista que os valores eram determinados a partir da quantidade de alunos abarcados pelo ensino fundamental (art. 2º, § 4º, Lei 9.424/96). Desse modo, é necessário compreender como é realizado o Censo Escolar, para, então, demonstrarmos como eram auferidos os valores que seriam repassados aos estados e municípios.

Para a realização do Censo Escolar, O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP/MEC efetua levantamentos, durante os meses de março e abril, dos dados de matrículas colhidos junto aos municípios e estados, após, serão aqueles processados em sistema informatizado e publicados no Diário Oficial da União (publicação de maneira não definitiva - preliminar), para que os estados e municípios, no prazo de 30 dias, possam

⁵ Art. 2º Os recursos do Fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu Magistério.

§ 1º A distribuição dos recursos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o Governo Estadual e os Governos Municipais, na proporção do número de alunos matriculados anualmente nas escolas cadastradas das respectivas redes de ensino, considerando-se para esse fim:

I - as matrículas da 1ª a 8ª séries do ensino fundamental;

II - (Vetado)

§ 2º A distribuição a que se refere o parágrafo anterior, a partir de 1998, deverá considerar, ainda, a diferenciação de custo por aluno, segundo os níveis de ensino e tipos de estabelecimento, adotando-se a metodologia de cálculo e as correspondentes ponderações, de acordo com os seguintes componentes:

I - 1ª a 4ª séries;

II - 5ª a 8ª séries;

III - estabelecimentos de ensino especial;

IV - escolas rurais.

§ 3º Para efeitos dos cálculos mencionados no § 1º, serão computadas exclusivamente as matrículas do ensino presencial.

§ 4º O Ministério da Educação e do Desporto - MEC realizará, anualmente, censo educacional, cujos dados serão publicados no Diário Oficial da União e constituirão a base para fixar a proporção prevista no § 1º.

interpor recursos visando retificar possíveis dados incorretos (art. 2º, §§ 4º e 5º⁶, Lei 9.424/96).

Desse modo, após o transcurso do citado prazo de 30 dias, caso os estados e municípios não tivessem interposto recurso ou seu recurso houvesse sido indeferido, os dados finais eram publicados de forma definitiva, a partir daí poderiam ser utilizados para o cálculo dos coeficientes de distribuição dos recursos do FUNDEF para o ano seguinte (art. 6º, § 2º⁷, Lei 9.424/96).

Assevera-se que o referido cálculo será explicado adiante e exemplificado, com o intuito de dirimir quaisquer dúvidas.

Assim, os valores que eram repassados aos municípios e estados deviam ser calculados com base nos recursos que constituíam o Fundo em âmbito estatal (estimativa de recursos que seriam arrecadados pelos entes) e pelo número de alunos inscritos no ensino fundamental nos estados e municípios, conforme valores auferidos pelo Censo Escolar.

Outrossim, o cálculo dos valores repassados tinha por referência a fórmula a seguir (conforme portaria nº 2188/2000, do Ministério da Educação):

$$CD = \frac{\{(FD1 \times NA1/4) + [FD2 (NA5/8 + NAe)]\}}{\{(FD1 \times TA1/4) + [FD2 (TA5/8 + TAe)]\}}$$

Onde:

CD = Coeficiente de Distribuição

NA1/4 = Nº de Alunos da 1ª a 4ª série do Ensino Fundamental Regular do Município ou Governo Estadual;

NA5/8 = Nº de Alunos da 5ª a 8ª série do Ensino Fundamental Regular do Município ou Governo Estadual;

NAe = Nº de Alunos do Ensino Fundamental Especial do Município ou Governo Estadual;

TA1/4 = Total de Alunos da 1ª a 4ª série do Ensino Fundamental Regular, no âmbito do Estado;

TA5/8 = Total de Alunos da 5ª a 8ª série do Ensino Fundamental Regular, no âmbito do Estado;

TAe = Total de Alunos do Ensino Fundamental Especial, no âmbito do Estado;

FD1 = Fator de Diferenciação para a 1ª a 4ª série do Ensino Fundamental Regular = 1,00;

FD2 = Fator de Diferenciação para o Ensino Fund. Especial e 5ª a 8ª série Regular = 1,05.

Demonstraremos de maneira mais contundente a supracitada fórmula a partir de um exemplo encontrado no Manual de Orientação do FUNDEF (2003):

⁶ § 5º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no prazo de trinta dias da publicação referida no parágrafo anterior, apresentar recurso para retificação dos dados publicados.

⁷ § 2º As estatísticas necessárias ao cálculo do valor anual mínimo por aluno, inclusive as estimativas de matrículas, terão como base o censo educacional realizado pelo Ministério da Educação e do Desporto, anualmente, e publicado no Diário Oficial da União.

Exemplo:

✓ Um município imaginário possui **6.116** alunos no ensino fundamental, sendo:
3.808 alunos da 1ª a 4ª série do ensino fundamental regular;
2.100 alunos da 5ª a 8ª série do ensino fundamental regular e
208 alunos do ensino fundamental, na modalidade “educação especial”.

✓ No âmbito do Estado onde este município se localiza, são **235.605** alunos do ensino fundamental (total da rede estadual e das redes municipais), sendo:
120.000 alunos da 1ª a 4ª série do ensino fundamental regular;
110.000 alunos da 5ª a 8ª série do ensino fundamental regular e
5.605 alunos do ensino fundamental, na modalidade “educação especial”.

✓ O coeficiente de distribuição desse município imaginário é:

$$CD = \{(1,00 \times 3.808) + [1,05 (2.100 + 208)]\} / \{(1,00 \times 120.000) + [1,05 (110.000 + 5.605)]\}$$

$$CD = 0,025815164762$$

✓ Supondo que o montante anual de recursos do FUNDEF, no âmbito dessa Unidade Federada, seja de **R\$85.000.000,00** este município será contemplado, ao longo do ano, com **R\$2.194.289,00**. Esse resultado é obtido multiplicando-se o montante de recursos pelo coeficiente de distribuição encontrado para o município, ou seja: **R\$85.000.000,00 x 0,025815164762 = R\$ 2.194.289,00**

Ainda em relação ao cálculo das verbas, cabe destacar como se determinava o valor por aluno/ano, pois esse fator era essencial para auferir o quantitativo que seria repassado.

Como o próprio nome já denota, o valor por aluno/ano é um mínimo a ser gasto por aluno durante um ano, ele era calculado tendo como base a previsão de receitas do FUNDEF e a quantidade de alunos matriculados no ensino fundamental em âmbito municipal e estadual no ano anterior. Ressalta-se que o valor mínimo nacional por aluno/ano era fixado mediante decreto federal, sendo que os Estados que não alcançassem tal valor teriam uma complementação da União.

Para aclarar a forma de aferir o valor por aluno/ano, apresentaremos um exemplo extraído do Manual de Orientação do FUNDEF (2003), o qual tomou por base os valores apresentados no exemplo acima naquele referido período, veja-se:

Tomando-se os dados do Município e do Estado imaginários do exemplo acima, o valor por aluno/ano é calculado da seguinte forma:

$$\text{Valor por aluno/ano da 1ª a 4ª série} = \frac{\text{R\$ } 85.000.000,00}{120.000 + 1,05 (110.000 + 5.605)} = \text{R\$352,13}$$

$$\text{Valor por aluno/ano da 5ª a 8ª série e Educação Especial} = \text{R\$352,13} \times 1,05 = \text{R\$369,74}$$

O valor da receita anual do Município também pode ser calculado a partir dos valores por aluno/ano,

da seguinte forma:

3.808 alunos da 1ª a 4ª série x R\$ 352,13 = R\$ 1.340.927,00

2.100 alunos da 5ª a 8ª série x R\$ 369,74 = R\$ 776.455,89

208 alunos da Ed. Especial x R\$ 369,74 = R\$ 76.906,11

Receita anual do Município = R\$ 2.194.289,00

Auferidos os aludidos valores, estes eram repassados aos municípios e Estados, os quais deveriam aplicá-los obrigatoriamente na manutenção do ensino fundamental e na valorização do magistério.

Transcorrido o prazo de vigência do FUNDEF, era necessário continuar fomentando o desenvolvimento da educação infantil e a valorização do magistério, dessarte, foi instituído no Brasil desta feita com nova nomenclatura, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (adiante FUNDEB), através da Emenda Constitucional nº 53/2006, que modificou novamente a redação do art. 60 do ADCT, tendo iniciado sua vigência em 1º de janeiro de 2007.

1.3. ASPECTOS ESSENCIAIS ACERCA DO FUNDEB (LEI 11.494/2007)

O FUNDEB surgiu com a intenção de aperfeiçoar o que já vinha sendo feito pelo FUNDEF e buscava também ampliar a área de atuação deste, inclusive passou a se preocupar com toda a educação básica, partindo do ensino infantil, passando pelo ensino fundamental e chegando ao ensino médio, visando criar um alicerce no ensino nacional e buscando desenvolver melhor formação da educação da população do país.

Partindo dessa premissa, foi instituído o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, fundo de natureza contábil, instituído pela Emenda Constitucional nº 53/2006, que modificou novamente a redação do art. 60 do ADCT:

Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

I - a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006). (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que o FUNDEB atualmente encontra-se regulamentado pela Lei 11.494/2007 e Decreto regulador nº 6.253/2007, tendo iniciado sua vigência em 1º de janeiro de 2007, completando, assim, 10 anos de vigência em 2017.

Cabe, ainda, trazer à baila a transcrição do art. 2º, da que regula o FUNDEB (Lei 11.494/07):

Art. 2º. Os Fundos destinam-se à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração, observado o disposto nesta Lei.

Cada um dos Estados e o Distrito Federal possuem seu respectivo FUNDEB, totalizando 27 fundos, os quais são formados por parcelas de recursos federais, estaduais, do Distrito Federal e dos municípios, cujos valores são vinculados à educação, devendo ser

aplicados exclusivamente na educação básica e na valorização dos profissionais da educação, com base no art. 212, da CF/88.

Mister frisar que o fundo tem como prazo máximo de vigência o dia 31 de dezembro de 2020 (art. 48, da Lei 11.494/2007), restando prazo exíguo para que ocorra seu encerramento.

1.3.1. Das receitas que compõem o FUNDEB

Como a área de atuação do investimento é bastante ampla, pois abrange toda a educação básica, é necessário que os valores destinados ao fundo venham de várias fontes, e assim o é, inclusive, consoante art. 3º, da Lei 11.494/2007, em âmbito estadual, municipal e distrital o FUNDEB é composto por 20% das seguintes receitas:⁸

- a) imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos previstos no inciso I do caput do art. 155 da Constituição Federal;
- b) imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação previsto no inciso II do caput do art. 155 combinado com o inciso IV do caput do art. 158 da Constituição Federal;
- c) imposto sobre a propriedade de veículos automotores previsto no inciso III do caput do art. 155 combinado com o inciso III do caput do art. 158 da Constituição Federal;

⁸ I - imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos previstos no inciso I do caput do art. 155 da Constituição Federal;

II - imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação previsto no inciso II do caput do art. 155 combinado com o inciso IV do caput do art. 158 da Constituição Federal;

III - imposto sobre a propriedade de veículos automotores previsto no inciso III do caput do art. 155 combinado com o inciso III do caput do art. 158 da Constituição Federal;

IV - parcela do produto da arrecadação do imposto que a União eventualmente instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inciso I do caput do art. 154 da Constituição Federal prevista no inciso II do caput do art. 157 da Constituição Federal;

V - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural, relativamente a imóveis situados nos Municípios, prevista no inciso II do caput do art. 158 da Constituição Federal;

VI - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e prevista na alínea *a* do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

VII - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM e prevista na alínea *b* do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

VIII - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados devida aos Estados e ao Distrito Federal e prevista no inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 61, de 26 de dezembro de 1989; e

IX - receitas da dívida ativa tributária relativa aos impostos previstos neste artigo, bem como juros e multas eventualmente incidentes.

- d) parcela do produto da arrecadação do imposto que a União eventualmente instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inciso I do caput do art. 154 da Constituição Federal prevista no inciso II do caput do art. 157 da Constituição Federal;
- e) parcela do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural, relativamente a imóveis situados nos Municípios, prevista no inciso II do caput do art. 158 da Constituição Federal;
- f) parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e prevista na alínea *a* do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;
- g) parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM e prevista na alínea *b* do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;
- h) parcela do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados devida aos Estados e ao Distrito Federal e prevista no inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 61, de 26 de dezembro de 1989; e
- i) receitas da dívida ativa tributária relativa aos impostos previstos neste artigo, bem como juros e multas eventualmente incidentes.

Além desses recursos, há a possibilidade de complementação de verbas pela União, assim como acontecia no FUNDEF, nas localidades onde não for possível alcançar o valor mínimo por aluno/ano (art. 4º, da Lei 11.494/07⁹).

Desse modo, até mesmo quando os recursos advindos das aludidas receitas forem insuficientes, o FUNDEB não será prejudicado, haja vista que alcançará de todo modo o valor mínimo por aluno/ano, o que demonstra com clareza a impossibilidade de os recursos não serem repassados aos municípios.

Ademais, os recursos serão repassados aos municípios de acordo com o disposto no art. 17, §§ 1º a 7º, da Lei 11.494/07¹⁰.

⁹ Art. 4º A União complementarará os recursos dos Fundos sempre que, no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, o valor médio ponderado por aluno, calculado na forma do Anexo desta Lei, não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado de forma a que a complementação da União não seja inferior aos valores previstos no inciso VII do caput do art. 60 do ADCT.

¹⁰ Art. 17. Os recursos dos Fundos, provenientes da União, dos Estados e do Distrito Federal, serão repassados automaticamente para contas únicas e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, vinculadas ao respectivo Fundo, instituídas para esse fim e mantidas na instituição financeira de que trata o art. 16 desta Lei.

§ 1º Os repasses aos Fundos provenientes das participações a que se refere o inciso II do caput do art. 158 e as alíneas *a* e *b* do inciso I do caput e inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal, bem como os repasses aos Fundos à conta das compensações financeiras aos Estados, Distrito Federal e Municípios a que se refere a Lei Complementar no 87, de 13 de setembro de 1996, constarão dos orçamentos da União, dos Estados e do Distrito Federal e serão creditados pela União em favor dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios nas contas específicas a que se refere este artigo, respeitados os critérios e as finalidades

Destacamos que até 10% dos recursos repassados pela União a título de complementação podem ser transferidos aos Estados e ao DF por meio de programas destinados à melhoria da qualidade da educação básica, a partir da deliberação da Comissão Intergovernamental de Financiamento para a Educação Básica de Qualidade (art. 7º, Lei 11.494/2007¹¹), contudo, caso a comissão não institua esse percentual, todo o valor de complementação será destinado para a garantia do mínimo por aluno/ano.

1.3.2. O Censo Escolar e Valor por Aluno/Ano

Assim como ocorria com o FUNDEF, os dados sobre a quantidade de alunos matriculados são auferidos a partir do Censo Escolar realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP/MEC, sendo elaborado em parceria com Estados e os Municípios.

Ressalta-se que, ao tratarmos do FUNDEF, já explicitamos como ocorre o aludido Censo Escolar, assim, tendo em vista que o mesmo procedimento é realizado no FUNDEB,

estabelecidas nesta Lei, observados os mesmos prazos, procedimentos e forma de divulgação adotados para o repasse do restante dessas transferências constitucionais em favor desses governos.

§ 2º Os repasses aos Fundos provenientes dos impostos previstos nos incisos I, II e III do caput do art. 155 combinados com os incisos III e IV do caput do art. 158 da Constituição Federal constarão dos orçamentos dos Governos Estaduais e do Distrito Federal e serão depositados pelo estabelecimento oficial de crédito previsto no art. 4º da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, no momento em que a arrecadação estiver sendo realizada nas contas do Fundo abertas na instituição financeira de que trata o caput deste artigo.

§ 3º A instituição financeira de que trata o caput deste artigo, no que se refere aos recursos dos impostos e participações mencionados no § 2º deste artigo, creditará imediatamente as parcelas devidas ao Governo Estadual, ao Distrito Federal e aos Municípios nas contas específicas referidas neste artigo, observados os critérios e as finalidades estabelecidas nesta Lei, procedendo à divulgação dos valores creditados de forma similar e com a mesma periodicidade utilizada pelos Estados em relação ao restante da transferência do referido imposto.

§ 4º Os recursos dos Fundos provenientes da parcela do imposto sobre produtos industrializados, de que trata o inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal, serão creditados pela União em favor dos Governos Estaduais e do Distrito Federal nas contas específicas, segundo os critérios e respeitadas as finalidades estabelecidas nesta Lei, observados os mesmos prazos, procedimentos e forma de divulgação previstos na Lei Complementar nº 61, de 26 de dezembro de 1989.

§ 5º Do montante dos recursos do imposto sobre produtos industrializados de que trata o inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal a parcela devida aos Municípios, na forma do disposto no art. 5º da Lei Complementar nº 61, de 26 de dezembro de 1989, será repassada pelo Governo Estadual ao respectivo Fundo e os recursos serão creditados na conta específica a que se refere este artigo, observados os mesmos prazos, procedimentos e forma de divulgação do restante dessa transferência aos Municípios.

§ 6º A instituição financeira disponibilizará, permanentemente, aos conselhos referidos nos incisos II, III e IV do § 1º do art. 24 desta Lei os extratos bancários referentes à conta do fundo.

§ 7º Os recursos depositados na conta específica a que se refere o caput deste artigo serão depositados pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios na forma prevista no § 5º do art. 69 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

¹¹ Art. 7º Parcela da complementação da União, a ser fixada anualmente pela Comissão Intergovernamental de Financiamento para a Educação Básica de Qualidade instituída na forma da Seção II do Capítulo III desta Lei, limitada a até 10% (dez por cento) de seu valor anual, poderá ser distribuída para os Fundos por meio de programas direcionados para a melhoria da qualidade da educação básica, na forma do regulamento.

não é necessário repisar o tema. Cumpre apenas lembrar que, quando houver a publicação definitiva dos números do Censo, não se pode realizar mais nenhuma alteração nos dados, sendo estes utilizados, durante todo o ano, para o cálculo dos valores repassados aos entes.

O valor por aluno/ano alcançado por cada Estado é estabelecido por cálculos complexos, não havendo necessidade de aprofundamento em questões aritméticas no presente trabalho, é necessário, apenas, destacar que, caso o valor alcançado pelo estado seja inferior ao valor nacional, haverá a complementação de recursos pela União, já que é imprescindível a manutenção desse valor mínimo. Destaca-se que o valor por aluno/ano é publicado anualmente em portaria do MEC.

Assim, conforme estimado na portaria interministerial MEC/MF 8/2016, o valor por aluno/ano nacional em 2017 é de R\$ 2.876,03, valor que corresponde a um aumento de 4,93% em relação ao estimado para o ano passado, cujo valor foi de R\$ 2.739,77. Ademais, a aludida portaria apresentou quais os estados que necessitaram de complementação de recursos no ano de 2017, posto que não alcançaram o valor mínimo por aluno/ano, são eles: Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco e Piauí.

Percebe-se que esses Estados estão localizados nas regiões norte e nordeste do país, onde os índices de pobreza e analfabetismo são bem maiores do que nas outras regiões, o que demonstra a extrema relevância da complementação de recursos realizados pela União, porquanto uma boa educação é essencial para diminuir as diferenças sociais e, conseqüentemente, trazer mais igualdade de oportunidades entre os cidadãos das diversas regiões do Brasil.

1.3.3. Distribuição dos recursos do FUNDEB aos municípios

Como já comentado anteriormente, a Constituição Federal em seu art. 211 preceitua que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão o sistema de ensino em regime de colaboração, sendo assim, todos atuarão em conjunto para o desenvolvimento da educação.

Ocorre que para tornar mais eficiente a atuação dos entes estatais na educação, a Constituição Federal nos §§ 2º e 3º, do art. 211, especifica áreas prioritárias de atuação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em resumo, DF e Estados atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio, e os Municípios no ensino fundamental e na educação infantil. Ressaltamos, que no § 1º, do art. 211, há a delimitação da área de atuação da União, porém, esta não é abrangida pelo FUNDEB.

Nesse contexto, os recursos são distribuídos com base no número de alunos matriculados nas referidas áreas de atuação prioritária de cada ente (art. 8º¹², *caput*, Lei 11.494/2007).

Destarte, os alunos matriculados no ensino infantil (creches e pré-escola), fundamental, educação especial e educação de jovens e adultos (somente na área ligada ao ensino fundamental) determinarão os valores que serão repassados aos Municípios. Ao passo que os alunos matriculados no ensino fundamental, médio, educação especial e educação de jovens e adultos (apenas em relação ao nível médio) estabelecerão os valores repassados aos Estados. Já o Distrito Federal possui uma peculiaridade, pois tem competência tanto dos estados quanto dos municípios, desse modo, os valores repassados terão como base os alunos matriculados em todas as áreas da educação básica.

Cabe aqui apresentar o disposto no art. 9º, da Lei 11.494/07 e o art. 3º, do Decreto 6.253/07, que regulamentou a lei, os quais dispõem sobre a forma de distribuição dos recursos entre os entes da Federação, *in verbis*:

Art. 9º Para os fins da distribuição dos recursos de que trata esta Lei, serão consideradas exclusivamente as matrículas presenciais efetivas, conforme os dados apurados no censo escolar mais atualizado, realizado anualmente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, considerando as ponderações aplicáveis.

§ 1º Os recursos serão distribuídos entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios, considerando-se exclusivamente as matrículas nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme os §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal, observado o disposto no § 1º do art. 21 desta Lei.

§ 2º Serão consideradas, para a educação especial, as matrículas na rede regular de ensino, em classes comuns ou em classes especiais de escolas regulares, e em escolas especiais ou especializadas.

§ 3º Os profissionais do magistério da educação básica da rede pública de ensino cedidos para as instituições a que se referem os §§ 1º, 3º e 4º do art. 8º desta Lei serão considerados como em efetivo exercício na educação básica pública para fins do disposto no art. 22 desta Lei.

§ 4º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no prazo de 30 (trinta) dias da publicação dos dados do censo escolar no Diário Oficial da União, apresentar recursos para retificação dos dados publicados. (BRASIL, 2007)

Art. 3º Para os fins do disposto no art. 9º, § 1º, da Lei nº 11.494, de 2007, os recursos serão distribuídos considerando-se exclusivamente as matrículas presenciais efetivas nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, da seguinte forma:

¹² Art. 8º A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei.

I - Municípios: educação infantil e ensino fundamental;

II - Estados: ensino fundamental e ensino médio; e

III - Distrito Federal: educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

§ 1º A apropriação de recursos pela educação de jovens e adultos observará o limite de até quinze por cento dos recursos dos Fundos de cada Estado e do Distrito Federal.

§ 2º Os recursos dos Fundos poderão ser aplicados indistintamente entre etapas, modalidades e tipos de estabelecimento de ensino da educação básica, observados os âmbitos de atuação prioritária previstos nos incisos I a III do **caput** deste artigo.

§ 3º Os recursos dos Fundos serão utilizados pelos Municípios, pelos Estados e pelo Distrito Federal em ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme o disposto nos arts. 70 e 71 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. (BRASIL, 2007).

Outrossim, importa ainda destacar que cabe aos governos federal e estadual a arrecadação e distribuição dos recursos do FUNDEB, sendo que os Estados partilham os recursos com seus respectivos municípios – não há transferência de recursos entre estados distintos – (art. 8º, *caput*, Lei 11.494/07), considerando os alunos matriculados em cada ente, conforme exposto anteriormente.

Outro ponto relevante que influencia no percentual de distribuição dos recursos, é que também serão consideradas nesse cálculo o quantitativo das matrículas realizadas em instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, desde que conveniadas com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com a finalidade de atender a educação especial e o ensino infantil (creche e pré-escola). Contudo, consoante explicitado no art. 8, § 2º, lei do 11.494/07, só serão consideradas as matrículas das instituições que comprovarem atender aos seguintes requisitos:

§ 2º As instituições a que se refere o § 1º deste artigo deverão obrigatória e cumulativamente:

I - oferecer igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e atendimento educacional gratuito a todos os seus alunos;

II - comprovar finalidade não lucrativa e aplicar seus excedentes financeiros em educação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo;

III - assegurar a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional com atuação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo ou ao poder público no caso do encerramento de suas atividades;

IV - atender a padrões mínimos de qualidade definidos pelo órgão normativo do sistema de ensino, inclusive, obrigatoriamente, ter aprovados seus projetos pedagógicos;

V - ter certificado do Conselho Nacional de Assistência Social ou órgão equivalente, na forma do regulamento. (BRASIL, 2007)

De acordo com a situação descrita acima, os recursos são transferidos para as contas do FUNDEB dos respectivos Estados, Municípios ou DF, de modo que deverão ser repassados às entidades conveniadas, atendendo aos termos dos convênios firmados.

1.3.4 Fiscalização e Transparência das Informações.

Diante de tal complexa estrutura de alocação e montante de recurso a serem transferidos, é imprescindível, para a efetiva e correta aplicação dos recursos, existirem meios de divulgação e publicação ampla pelos quais os cidadãos possam ter acesso às informações referentes aos valores que serão repassados aos Estados, Municípios e DF.

Esse mecanismo é uma exigência de implementar o princípio da transparência das contas pública no país, o qual encontra fundamento no art. 5º, XXXIII e XXXIV, da CF, conforme descrito a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; (grifo nosso)

(BRASIL, 1988)

1.3.4.1. O princípio da transparência como mecanismo de acesso às informações

Para que ocorra a participação popular na administração pública, é essencial que haja transparência na aplicação dos recursos públicos, porém, ser transparente não significa apenas que os gestores devem disponibilizar as informações aos administrados, visto que devem também viabilizar os meios necessários para compreendê-la.

Nesse sentido, é interessante apresentar o conceito de transparência apresentado por Maren Guimarães Taborda (2002):

A transparência é a abertura da Administração ao administrado, e contém, pelo menos, três aspectos: o primeiro, que diz respeito à publicação das decisões administrativas, responde mais às necessidades de ação do que à ideia de transparência e, nesta acepção é uma 'norma-regra'; o segundo, que é o momento em que a Administração faz conhecer os motivos de sua ação, explica-se e diz porque decidiu, já é o domínio da transparência ('norma-princípio'); o último, e o mais importante, é o diálogo que a Administração estabelece com o cidadão. que se expressa em uma verdadeira participação do particular nas decisões administrativas. Neste caso, a transparência é um dever da Administração e um direito fundamental do cidadão (de terceira geração), (TABORDA, 2002, pg. 258).

Ademais, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei 101/2000¹³) apresenta quais são os instrumentos da transparência e como ela será assegurada, inteligência do art. 48, caput e § 1º, da LRF:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

§ 1º A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e (Redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009) (Vide Decreto nº 7.185, de 2010). (BRASIL, 2000).

Assim, um instrumento de extrema importância para o exercício do princípio da transparência é o sítio eletrônico do Banco do Brasil¹⁴, no qual se pode encontrar as informações referentes a todos os repasses de recursos do FUNDEB feitos aos municípios. Bastando, apenas, que se identifique as seguintes informações: a) o município que será objeto da busca; b) a data a ser pesquisada; e d) e o fundo que transferiu os recursos, consoante telas apresentadas adiante:

¹³ Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

¹⁴Disponível em: <https://www42.bb.com.br/portallbb/daf/beneficiario.bbx>, acesso: 20 de novembro de 2017

The screenshot shows a web browser window with the URL <https://www42.bb.com.br/portalbb/daf/beneficiario.bb>. The page features a yellow header with the Banco do Brasil logo and navigation links: "Participe", "Serviços", "Legislação", and "Canais". Below the header, there is a search form titled "BENEFICIÁRIO". The form contains a text input field labeled "NOME BENEFICIÁRIO (pode ser parcial)*" and two buttons: "Consultar" and "Limpar".

The screenshot shows a web browser window with the URL <https://www42.bb.com.br/portalbb/daf/beneficiarioList802.0.0.2.0.1.lbx?gid=11857>. The page features a yellow header with the Banco do Brasil logo and navigation links: "Participe", "Serviços", "Legislação", and "Canais". Below the header, there is a search filter form titled "DADOS DA CONSULTA". The form contains several fields: "BENEFICIÁRIO" with a dropdown menu showing "SAO LUIS - MA", "DATA INICIAL*" with a date picker, "DATA FINAL*" with a date picker, and "FUNDO" with a dropdown menu showing "FUNDEB - FNDO MANUT DES EDUC BASICA E VLRIZ PROF EDUC". At the bottom of the form are two buttons: "Continuar" and "Voltar".

Outrossim, ainda em relação ao acompanhamento realizado pela população, os portais da transparência dos entes governamentais (União, Estado, DF e Municípios) também são instrumentos essenciais para facilitar o acesso do povo à informação, notadamente, os portais dos municípios, uma vez que é mais fácil acompanhar e fiscalizar o que ocorre em seu próprio domicílio.

Desse modo, qualquer pessoa pode ter acesso os sítios dos portais da transparência de seus respectivos Estados e Municípios, podendo verificar se os recursos foram repassados e como serão aplicados, para que, posteriormente, possam questionar eventuais irregularidades.

Por fim, ressalta-se que é igualmente possível ter acesso às informações sobre o FUNDEB pelo sitio do FNDE.

1.3.4.2. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e o FUNDEB

O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) é uma autarquia federal criada pela Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968, e alterada pelo Decreto-Lei nº 872, de 15 de setembro de 1969, responsável pela execução de políticas educacionais do Ministério da Educação (MEC), por conseguinte, tem competência para gerir os recursos do FUNDEB, sendo responsável pelo suporte técnico e monitoramento do fundo.

Nota-se o papel de extrema relevância desempenhado pelo FUNDEB no cenário da educação nacional, haja vista que este fundo abarca a educação básica e a valorização do magistério em todo o país, alcançado os mais longínquos municípios, tentando incessantemente levar educação para cada cidadão carente desse país, numa luta pela diminuição da desigualdade social e pelo desenvolvimento nacional.

Sendo assim, nada mais justo que cada cidadão brasileiro acompanhe as informações, somente através das informações é que se pode formar uma consciência mais preocupada pela malversação dos recursos do Fundo e passe a fiscalizar a aplicação dele em seu respectivo Estado e Município, uma vez que se sinta atingido, posto que só assim poderemos diminuir a corrupção que dilapida os recursos públicos. As associações de um modo geral, e em especial aquelas formadas por pais e mestres, educadores, movimentos sociais podem contribuir muito no acompanhamento dessas informações.

1.3.5 Do Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB

Com a intenção de facilitar a fiscalização, a lei instituidora do Fundo determinou a criação do Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB (art. 24¹⁵, Lei 11.494/07), sendo sua instituição obrigatória em todas as esferas de governo (federal, estadual e municipal).

É necessário frisar que o Conselho possibilita a participação das pessoas diretamente interessadas, haja vista que em sua composição, em todas as esferas de governo,

¹⁵Art. 24. O acompanhamento e o controle social sobre a distribuição, a transferência e a aplicação dos recursos dos Fundos serão exercidos, junto aos respectivos governos, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por conselhos instituídos especificamente para esse fim.

são reservadas vagas para os pais e estudantes, consoante se depreende do § 1º, do art. 24, da Lei 11.494/07.

Destaca-se que o Conselho possui autonomia, não sendo subordinado aos entes governamentais com os quais atua, já que, obviamente, não faria sentido um órgão fiscalizador ser subordinado a quem ele próprio deve fiscalizar, contudo, seus atos devem ser sempre pautados no interesse público, uma vez que exercem função eminentemente pública.

Por fim, forçoso é elencar as atribuições exercidas pelo Conselho contidas na Lei 11.494/07, são elas:

a) apresentar ao Poder Legislativo local e aos órgãos de controle interno e externo manifestação formal acerca dos registros contábeis e dos demonstrativos gerenciais do fundo (art. 25, parágrafo único, I);

b) por decisão de maioria de seus membros, convocar o Secretário de Educação competente ou servidor equivalente para prestar esclarecimentos acerca do fluxo de recursos e a execução das despesas do fundo (art. 25, parágrafo único, II);

c) requisitar ao poder executivo cópia de documentos relacionados ao fundo, como os referentes à licitação, empenho, liquidação, pagamento de obras e serviços custeados pelo fundo, folhas de pagamento dos profissionais da educação, dentro outros documentos necessários ao desempenho de suas funções (art. 25, parágrafo único, III);

d) realizar visitas e inspeções in loco para verificar o desenvolvimento regular de obras e serviços nas instituições escolares com recursos do fundo, a adequação do serviço de transporte escolar, utilização em benefício do sistema de ensino de bens adquiridos com recursos do fundo (art. 25, parágrafo único, IV);

e) incumbe também ao conselho acompanhar o censo escolar anual e a proposta orçamentária anual nos locais de suas atuações (Art. 24, § 9º).

1.4 APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDEB PELOS MUNICÍPIOS

Sendo o intuito do presente estudo instrumentalizar a população para identificar as malversações realizadas pelos gestores municipais em detrimento do FUNDEB, nada mais justo que se determine como, de fato, esses recursos devem ser aplicados, porém, nos ateremos apenas ao âmbito municipal, tendo em vista o fito de fomentar a fiscalização das condutas realizadas pelos prefeitos.

1.4.1. Da gestão dos recursos

Primeiramente, cabe ressaltar que o Chefe do Poder Executivo e o Secretário de Educação, tanto das esferas estaduais e municipais, como da distrital são os responsáveis pela gestão dos recursos do FUNDEB, considerando que ocupam cargos de gestão centralizada, o primeiro no comando do Poder Executivo e, o segundo na Secretaria, órgão encarregado de acompanhar e implementar a política educacional no município, conseqüentemente, ambos administram os recursos públicos, consoante arts. 30, VI, da CF, e segundo disposição da Lei Orgânica Municipal correspondente

Outrossim, destaca-se que os artigos 76 e 84, II, da CF¹⁶, trata das atribuições do Presidente da República e Ministros de Estado, e pelo princípio da simetria, aplicam-se aos chefes do executivo estadual e municipal, bem como aos seus secretários, não obstante, as Constituições estaduais¹⁷ e as leis orgânicas municipais é que disciplinam diretamente tais atribuições.

1.4.1.1. Movimentação e irregularidade

As movimentações bancárias em cada esfera da federação devem ser realizadas diretamente na conta do Fundo, a qual é movimentada em instituições financeiras públicas, a

¹⁶ Art. 30. Compete aos Municípios: [...] VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal.

¹⁷ Constituição do Estado do Maranhão: “Art. 54 – O Poder Executivo é exercido pelo Governador do Estado, auxiliado pelos Secretários de Estado ou ocupante de cargo equivalente. (modificado pela Emenda à Constituição nº 023, de 18/12/98)”

saber o Banco do Brasil ou pela Caixa Econômica (Art. 16¹⁸, da Lei 11.494/07). Tal previsão facilita a fiscalização dos recursos, haja vista que, caso exista alguma movimentação injustificada de recursos sem o uso da aludida conta, haverá configurada irregularidade.

Registram-se não são raros os casos detectados pelos Tribunais de Contas em que os cheques de tais contas foram movimentados por gestores públicos e indicavam nominalmente pagamento a terceiros que nada se relacionavam com contas da educação, detectando-se assim o desvio de finalidade e atos de improbidade administrativa pelo pagamento indevido com recursos do Fundo a terceiros

Dito isso, passa-se a explicitar a forma de aplicação dos recursos.

1.4.2. Parcela Mínima de 60% do FUNDEB

Inicialmente, repisa-se que o Fundo deve ser aplicado exclusivamente em ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica, bem como na valorização do magistério.

Nesse sentido, a Lei 11.494/07, determina expressamente que devem ser aplicados no mínimo 60% dos recursos no pagamento das remunerações dos profissionais do magistério em efetivo exercício na educação pública (art. 22) – importante frisar que a remuneração compreende o vencimento do cargo e as eventuais vantagens inerentes ao exercício deste –, destarte, é nítida a importância que o legislador resguardou para os profissionais da educação, não só para os professores, mas também todos que trabalham na direção ou administração escolar, na inspeção, no planejamento, supervisão, orientação educacional e coordenação pedagógica.

Destarte, é imprescindível salientar quais valores relacionados à remuneração deverão ser pagos com o supracitado mínimo (60%). Nessa perspectiva, o art. 22, da lei 11.494/07 elenca de forma bem clara, veja-se:

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

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput deste artigo, considera-se:
I - remuneração: o total de pagamentos devidos aos profissionais do magistério da educação, em decorrência do efetivo exercício em cargo,

¹⁸ Art. 16. Os recursos dos Fundos serão disponibilizados pelas unidades transferidoras ao Banco do Brasil S.A. ou Caixa Econômica Federal, que realizará a distribuição dos valores devidos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, Distrito Federal ou Município, conforme o caso, inclusive os encargos sociais incidentes;

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

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

Observa-se que há um amparo muito grande aos profissionais do magistério, busca-se criar um ambiente de trabalho favorável, onde o profissional tenha a segurança de saber que sua remuneração é prioridade, assim, poderá dedicar-se com mais afinco objetivando desenvolver uma educação de qualidade.

Outrossim, o termo “em efetivo exercício” refere-se aos profissionais do magistério da educação básica que estejam vinculados, em caráter temporário ou permanente, com o ente governamental que o remunera, não ocorrendo a descaracterização do vínculo por afastamentos temporários previstos em lei, que não causem o rompimento da relação, como, por exemplo, as licenças maternidade e paternidade, capacitação, tratamento de saúde, etc.

Quando nos referimos ao vínculo temporário ou permanente, estamos falando, respectivamente, do ‘empregado temporário’, contratado devido à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF) e do ‘servidor efetivo’, com vínculo estatutário, o qual é nomeado a partir de concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, CF).

1.4.3. Parcela de até 40% do FUNDEB

Aplicado esse mínimo de 60% dos recursos, o restante (40%) deverá ser empregado em ações de Desenvolvimento e Manutenção do Ensino direcionadas à educação básica, tendo por base o preceituado no art. 70, da lei 9.394/96, o qual delimita o que será considerado como manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme explicitado abaixo:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das

instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;

VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

É óbvio que, em relação aos municípios, esses recursos deverão ser aplicados no âmbito da educação infantil e do ensino fundamental, haja vista que, como já mencionado alhures, a Constituição Federal em seu art. 211, § 2º, determinou que essas áreas são de atuação prioritária dos municípios.

Por fim, assevera-se que o art. 23¹⁹, da lei 11.494/2007 determina algumas vedações para a aplicações dos recursos do FUNDEB, quais sejam, nas despesas que não consideradas no rol de investimentos de desenvolvimento e manutenção da educação básica, segundo art. 71, da 9.394/96. Além disso, despesas relacionadas com garantia ou em contrapartida de operações de crédito, internas ou externas, dos Estados, DF e municípios que não se destinem às ações de desenvolvimento e manutenção da educação básica.

Feitas essas considerações, necessário é apresentar como são transferidos os recursos aos municípios, diferenciando-se as transferências compulsórias e voluntárias, à medida que se determina qual delas se aplica ao FUNDEB. O que será explicitado no capítulo seguinte.

¹⁹ Art. 23. É vedada a utilização dos recursos dos Fundos:

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

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

CAPÍTULO 2

2.1. REPASSES DE RECURSOS INTERGOVERNAMENTAIS ENTRE A UNIÃO E OS DEMAIS ENTES FEDERATIVOS

Conforme se depreende da leitura do texto constitucional, o Brasil adota a forma federativa de Estado (arts. 1^o²⁰ e 18²¹, da CF), a qual é constituída por um poder central soberano (União) e pelos Estado-membros, os quais gozam de autonomia política e administrativa, sendo que a Constituição Federal confere unidade à ordem jurídica, inclusive, a forma federativa de Estado é cláusula pétrea (art. 60, § 4^o, I²², da CF), não podendo ser abolida pelo poder constituinte derivado.

Discutindo sobre a importância da forma federativa, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que no Estado Federal “o poder é exercido segundo uma repartição não somente horizontal de funções – executiva, legislativa e judiciária – mas também vertical entre Estados-Membros e União, em benefício das liberdades públicas” (BRANCO, 2017), portanto, existe a possibilidade de os Estados-Membros participarem das decisões tomadas pela União, o que faz o poder central não ser totalitário.

Ademais, a descentralização do poder, com a existência da autonomia política e administrativa dos Estados-Membros, possibilita uma maior efetividade das políticas públicas, tendo em vista que os governos locais estão mais próximos dos problemas de suas respectivas populações, o que os faz entender de maneira mais apurada suas peculiaridades regionais.

Nesse sentido, quando se fala de autonomia administrativa, também se está falando em autonomia financeira, logo, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal precisam arrecadar tributos – segundo as competências tributárias atribuídas pela Constituição - ou receber parte dos tributos arrecadados pela União, para que possam exercê-la.

É exatamente dessa última situação que surge o conceito de ‘*transferências compulsórias e voluntárias*’, as primeiras, como o próprio nome já denota, são obrigatórias,

²⁰ Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

²¹ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

²² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4^o Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

posto que estão elencadas no próprio texto constitucional ou em leis infraconstitucionais, é o que acontece com o FUNDEB, já a segunda, tem caráter espontâneo, decorre da cooperação entre a União e os entes federados, com o intuito de instituir ou aperfeiçoar os serviços públicos (CALDAS, 2013).

Sobre este aspecto, se abordará mais detalhadamente mais adiante neste capítulo.

2.1.1. Das verbas federais transferidas aos municípios: a publicidade com base na Lei 9.452/97

No tocante às verbas transferidas aos municípios, é imperioso destacar a existência da Lei 9.452/97²³, a qual se afigura como um excelente instrumento de fiscalização e de valorização dos freios e contrapesos decorrentes da separação de poderes, uma vez que obriga os órgãos e entidades da administração direta e indireta federal a notificarem as respectivas Câmaras Municipais da liberação de recursos financeiros que tenham efetuado, a qualquer título, aos municípios, no prazo de dois dias úteis, contado da liberação (art. 1º).

Além disso, a prefeitura beneficiada com os aludidos recursos notificará os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores e as entidades empresariais, com sede no município, acerca da respectiva liberação, no prazo de dois dias úteis, contado do recebimento dos valores (art. 2º), situação que nitidamente valoriza o princípio da publicidade, o que, conseqüentemente, instrumentaliza mais a população do município, para que esta possa fiscalizar de maneira efetiva os recursos repassados às municipalidades.

Por fim, a mencionada Lei aduz que, caso haja descumprimento das citadas exigências, as Câmaras Municipais representarão ao Tribunal de Contas da União (art. 3º).

²³ Determina que as Câmaras Municipais sejam obrigatoriamente notificadas da liberação de recursos federais para os respectivos Municípios e dá outras providências.

2.2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TRANSFERÊNCIAS COMPULSÓRIAS E SUA RELAÇÃO COM O FUNDEB

Como já explicitado anteriormente, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional obrigam, em casos específicos, a União a transferir recursos aos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como os Estados aos seus respectivos Municípios, por isso são chamadas tais operações de transferências compulsórias, haja vista que não tem caráter discricionário, não sendo uma faculdade do administrador, mas sim um ato vinculado com disposição legal.

Sobre o tema, aduz Harrison Leite que:

Trata-se de recurso que o constituinte determinou o seu repasse, para equilibrar a distribuição das receitas públicas, e diz respeito à “sobrevivência” do próprio ente beneficiado. A exemplo, 50% dos valores arrecadados a título de IPVA, tributo estadual, são repassados para os municípios.

Como dito, essas transferências são geralmente voltadas à manutenção do próprio ente federativo, servindo como fonte para pagamento de despesas correntes. No entanto, nada impede que o ente faça investimentos com os recursos recebidos de transferências obrigatórias, muito embora mais comum é tais investimentos serem financiados com recursos advindos das transferências voluntárias. (LEITE, 2013, pg. 275)

2.2.1. As transferências constitucionais e o FUNDEB

Nesse liame, as transferências compulsórias podem ser classificadas como constitucionais ou legais, com base na natureza da norma que obriga a transferência, se constitucional ou infraconstitucional. (FURTADO, 2013)

Dentre as transferências constitucionais, podemos destacar os Fundos de participação dos Estados, DF e Municípios (art. 159, I, “a” e “b”, da CF), além disso, o próprio FUNDEB é constituído por transferências compulsórias, consoante art. 60, I, do ADCT, CF. Assim, os recursos destinados ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação são de transferência obrigatória, desse modo, o gestor municipal receberá os recursos, fato que facilita a fiscalização.

Não se olvida que os valores transferidos ao FUNDEB têm natureza vinculada, só podendo ser aplicado na destinação específica do Fundo, isto é, manutenção e desenvolvimento da educação básica e valorização dos profissionais da educação, por conseguinte, qualquer desvio de finalidade na aplicação dos recursos configura ilícito.

2.2.2. As transferências legais e o FUNDEB

Já as ‘transferências legais’ consistem, em regra, em repasses de verbas da União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, as quais podem ser ou não vinculadas a um objetivo específico. São classificadas em transferência automática e transferência Fundo a Fundo.

Sobre o tema, é interessante colacionar o entendimento do professor Caldas Furtado, a seguir:

I) a transferência automática, que é utilizada em determinados programas educacionais, consiste no repasse de recursos financeiros sem a utilização de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante o depósito em conta corrente específica, aberta em nome do beneficiário. Exemplos: Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE); Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento de Jovens e Adultos; Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE); Programa Brasil Alfabetizado;

II) a transferência fundo a fundo, que é empregada em programas da área da saúde e da assistência social, é um instrumento de descentralização de recursos que se caracteriza pelo repasse direto de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, dispensada a celebração de convênios. Os fundos que operam essa modalidade de transferência são o Fundo Nacional de Saúde (FNS), regido pela Lei nº 8.142/90, utilizado para descentralizar recursos destinados a operacionalizar as ações no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), e o Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), disciplinado pela Lei nº 9.604/98.

Note-se que não há necessidade de celebração de convênio nos casos em que lei específica disciplina a transferência de recursos da União para os Estados e Municípios destinados à execução de programas em parceria, estabelecendo critérios de habilitação, de definição do montante, forma de transferência e de aplicação dos recursos recebidos (IN STN 01/97, art. 1º, § 4º). (FURTADO, 2013, pg. 203).

Todavia, o que as diferencia é o fato de que na transferência Fundo a Fundo o repasse dos recursos é feito diretamente dos Fundos da esfera federal para os Fundos da esfera estadual, um exemplo disso é o Fundo Nacional de Saúde (FNS), regulado pela Lei 8.142/90. Já a transferência automática é realizada através de depósito direto em conta corrente específica, em nome do beneficiário; é o que acontece, por exemplo, com o Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, sendo este também um recurso essencial para o desenvolvimento da educação nos municípios.

2.3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS

Por sua vez, as transferências voluntárias decorrem de cooperação, auxílio e assistência financeira, assim, tem caráter facultativo, sendo realizadas através de convênios e contratos de repasse.

Nos contratos de repasse os recursos são transferidos de um ente a outro através de instituições financeiras oficiais, como a Caixa Econômica Federal, por exemplo, as quais se tornam mandatárias do ente que cedeu os recursos, desse modo, passam a ter a incumbência de executar e fiscalizar a aplicação dos recursos, ressalta-se que os partícipes devem possuir um interesse comum, um mesmo objetivo.

Por outro lado, nos convênios as verbas são repassadas de um ente a outro diretamente, não havendo intermediários, sendo isso que os diferencia dos contratos de repasse, ademais, é exercido em regime de mútua cooperação, tendo em vista o interesse recíproco dos envolvidos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei 101/2000) determina que as transferências voluntárias devem cumprir determinadas exigências para que possam ser realizadas, assim, devem ser cumpridas as seguintes determinações previstas no art. 25, §1º, LRF, adiante transcrito:

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

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

I - existência de dotação específica;

II - (VETADO)

III - observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição;

IV - comprovação, por parte do beneficiário, de:

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

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

c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;

d) previsão orçamentária de contrapartida.

Com o intuito de possibilitar a aferição desses requisitos de maneira mais simplificada pelo ente concedente dos recursos, foi instituído o Cadastro Único de Convênio

(CAUC), o qual contém todos os dados necessários para se averiguar o cumprimento das citadas exigências, por conseguinte, só receberão os recursos das transferências voluntárias os entes destinatários que cumprirem as especificações legais.

Nesse liame, vale colacionar os ensinamentos de Harrison Leite sobre o cadastro e sua importância em termos práticos para que seja autorizado o repasse. Veja-se o comentário do autor:

Com o CAUC, fica facilitada a observância pelo ente público dos requisitos legais para obter o recurso a ser transferido, o que impõe eficiência e maior agilidade, reduzindo o trabalho burocrático de conferência documental. Assim, antes de firmar o convênio, contrato de repasse ou outro instrumento, que viabilizará a transferência de recursos para o ente beneficiário, o ente que faz a transferência consulta o CAUC e, só no caso de inexistência de restrições, é que a transferência poderá ser realizada, é claro, observando-se os requisitos específicos de cada convênio ou contrato. (LEITE, 2013, pg. 277).

Portanto, caso haja restrições, o ente beneficiário não receberá os recursos relativos às transferências voluntárias, porém, existem exceções, como os recursos destinados às ações de educação, saúde e assistência social, os quais não sofrerão essa restrição no repasse (art. 25, §3º, LRF).

Por fim, embora a transferência dos recursos tenha caráter voluntário, a utilização destes é vinculada à finalidade pactuada, conseqüentemente, após celebrado o convênio ou contrato de repasse, estará o ente destinatário vinculado aos fins a que os valores se destinam, consoante inteligência do art. 25, § 2º, da LRF.

Feita esta distinção entre as espécies de transferências compulsórias e voluntárias, passa-se a fazer uma abordagem específica sobre o PNAE referido acima no primeiro tocante às transferências compulsórias, de natureza legal.

2.4. O PNAE DESTINADO À EDUCAÇÃO ALIMENTAR E NUTRICIONAL

Como dito antes, percebe-se que o FUNDEB não é o único meio de transferência de recursos à educação, existem diversos programas que buscam desenvolver o ambiente escolar, tornando-o mais propício ao aprendizado, como é o caso do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, cujo mote é a alimentação escolar e as ações de educação alimentar e nutricional dos alunos da educação básica, sendo instituído pela Lei 11.947/09.

O PNAE é gerido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE e tem como área de atuação toda a educação básica, inclusive, em escolas conveniadas com o poder público (filantrópicas, comunitárias e confessionais), tendo como objetivo contribuir para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos saudáveis dos alunos (art. 4º, da Lei 11.947/09).

Sabe-se que a maior parte das crianças que frequentam as escolas públicas não possuem uma condição econômica favorável, e que, na maioria das vezes, não têm uma alimentação de qualidade, portanto, reside aí a grande importância do programa, tendo em vista que na escola essas crianças terão acesso a uma alimentação digna, o que facilita sobremaneira o aprendizado, além de ser mais um incentivo para que os alunos continuem frequentando as aulas.

Por último, cabe tecer no tópico final deste capítulo, alguns comentários a respeito do Decreto 7.507/11 que disciplina a regulação das movimentações financeiras no que tange aos recursos federais transferidos a outros entes da federação.

2.5. AS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS DOS RECURSOS FEDERAIS DE QUE TRATA O DECRETO 7.507/11

Assevera-se que as movimentações financeiras dos recursos federais transferidos aos Estados, DF e Municípios devem seguir determinados requisitos, outro aspecto importante a se mencionar neste capítulo, dentre os quais, podemos elencar os instituídos pelo Decreto nº 7.507/11²⁴, que regula diversos repasses de recursos federais, inclusive os provenientes do FUNDEB e do PNAE.

Dentre os requisitos, podemos elencar que os valores serão mantidos em conta específica, aberta para essa finalidade (art. 2º, caput), sendo que a movimentação dos recursos ocorrerá apenas pelo meio eletrônico, mediante crédito em conta corrente de titularidade dos fornecedores e prestadores de serviços devidamente identificados (art. 2º, § 1º).

Além disso, destaca-se que somente de forma excepcional é permitida a realização de saques em dinheiro, apenas no caso de pagamento para pessoas físicas que não possuam conta bancária ou para atender as despesas de pequeno vulto, devendo os beneficiários de tais situações estarem devidamente identificados nas prestações de contas (art. 2º, § 2º). Finalmente, o valor unitário de cada pagamento não pode ultrapassar R\$ 800,00 (oitocentos reais), bem como o valor em cada exercício financeiro fica limitado a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), consoante art. 2º, §§3º²⁵ e 4º²⁶.

Por fim, frisa-se que, caso os recursos vinculados não sejam aplicados em suas finalidades específicas, ocorrerá a responsabilização do gestor, nos âmbitos civil, administrativo e criminal.

Discorrendo sobre o tema, aduz com maestria o professor Caldas Furtado que:

²⁴ Dispõe sobre a movimentação de recursos federais transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, em decorrência das leis citadas.

Art. 1º Este Decreto disciplina a movimentação financeira dos recursos transferidos por órgãos e entidades da administração pública federal aos Estados, Distrito Federal e Municípios, em decorrência das seguintes Leis:

I - Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990;
 II - Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990;
 III - Lei nº 10.880, de 9 de junho de 2004;
 IV - Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007;
 V - Lei nº 11.692, de 10 de junho de 2008; e
 VI - Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009.

²⁵ § 3º Os saques em dinheiro para pagamento de despesas de pequeno vulto ficam limitados ao montante total de dez por cento do valor estabelecido na alínea "a" do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a cada exercício financeiro.

²⁶ § 4º O valor unitário de cada pagamento feito com o montante total sacado, na forma do § 3º, não poderá ultrapassar o limite de um por cento do valor estabelecido na alínea "a" do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666, de 1993, vedado o fracionamento de despesa ou do documento comprobatório.

Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso (LRF, art. 8º, parágrafo único). Isso significa que, havendo sobra de recursos vinculados em 31 de dezembro, eles serão utilizados no exercício financeiro seguinte tão somente na finalidade preestabelecida em lei. Em caso contrário, estará configurado o crime estipulado no artigo 315 do Código Penal (crime de desvio de verbas) ou no artigo 1º, III, do Decreto-Lei nº 201/67 – que comina pena mais severa -, quando praticado por Prefeito Municipal, além de constituir ato de improbidade administrativa (Lei 8429/92, art. 10, XII). (FURTADO, 2013, pg. 204).

Desse modo, percebe-se que o gestor não tem liberdade para aplicar os recursos ao seu bel-prazer, pelo contrário, tem a obrigação de agir conforme a constituição e a lei, senão, deverá ser punido.

CAPÍTULO 3

3.1. DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS: ANTECEDENTES LEGAIS.

Antes de adentrarmos no estudo do Decreto-Lei nº 201/67, é necessário fazer algumas explicações sobre as legislações que eram aplicadas aos prefeitos em momento imediatamente anterior a entrada em vigor do referido Decreto-Lei.

Isto posto, destaca-se que os *crimes de responsabilidade* dos prefeitos eram regidos pela Lei Federal 3.528/59²⁷, a qual permitia a aplicação subsidiária da Lei Federal 1.079/50²⁸, no que lhe fosse cabível.

A Lei Federal 3.528/59 não cominava penas privativas de liberdade aos crimes de responsabilidade realizados pelos prefeitos, era possível, tão somente, a perda do cargo e inabilitação de até 5 anos para o exercício de qualquer função. No entanto, essas penalidades eram aplicadas mesmo que o *crime de responsabilidade* fosse tentado, consoante inteligência do art. 2º da aludida lei.

Além disso, só era possível a aplicação de penas de prisão, caso o crime de responsabilidade também configurasse '*crime comum*', situação na qual seria aplicado o Código Penal ou leis esparsas, a depender do crime cometido.

Ainda sobre a Lei 1.079/50, é forçoso frisar que, mais recentemente, após o advento da Lei 8.429/92²⁹, houve controvérsias quando a possibilidade de aplicação das duas legislações aos atos de improbidade administrativa realizados pelos prefeitos. Isto é, os tribunais debatiam a impossibilidade de aplicar-se aos prefeitos a Lei 1.079/50, haja vista que estes não figuravam no rol de autoridades definidos nesta lei.

Destarte, no julgamento da Reclamação 2138 DF, em 13 de junho de 2007, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a Lei 1.079/50 somente deveria ser aplicada as autoridades elencadas em seu texto, quais sejam, Presidente e Ministros de Estado, portanto, excluiu o prefeito, consoante aresto a seguir:

²⁷ Aplica aos Prefeitos Municipais, no que couberem, as disposições da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula processo de julgamento.

²⁸ Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

²⁹ Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). 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. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE³⁰.

Nesse mesmo sentido ainda vem entendendo a Suprema Corte brasileira, conforme recente julgado apresentado adiante:

ACÇÃO DE IMPROBIDADE. AGENTE POLÍTICO. CABIMENTO. PREFEITO MUNICIPAL. O julgamento da Reclamação nº 2.138 pelo Supremo Tribunal restringiu a inaplicabilidade da Lei de improbidade apenas àqueles alcançados pela Lei 1.079/50, entre os quais não estão incluídos os Prefeitos Municipais³¹.

³⁰ (STF - Rcl: 2138 DF, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 13/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094)

³¹ (STF - ARE: 1039549 RS - RIO GRANDE DO SUL 0078569-20.2014.8.21.7000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/05/2017, Data de Publicação: DJe-107 23/05/2017).

Entendimento também partilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, “Nos termos de remansosa jurisprudência do STJ, os prefeitos são alcançados pela Lei de Improbidade Administrativa, pois não enquadrados no rol de autoridades submetidas à Lei 1.079/50³².”

Por todo o exposto, demonstrou-se que os chefes do executivo municipal, atualmente, não são suscetíveis à aplicação da Lei 1.079/50, desse modo, aplicar-se-á, o Decreto-Lei 201/67 e a Lei de Improbidade Administrativa, a depender da natureza da sanção cabível, podendo, inclusive, ambas serem aplicadas conjuntamente, já que há independência das esferas penal, civil e administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.

Seguimos este estudo abordando o Decreto-lei 201/67.

³² (STJ - REsp: 1644896 RO 2016/0330380-4, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Publicação: DJ 03/10/2017).

3.2. O ATUAL DECRETO LEI Nº 201/67: UM COMPARATIVO COM A LEGISLAÇÃO REVOGADA E SUA RECEPÇÃO NA CF.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que uma diferença essencial entre a Lei 3.528/59 e o DL 201/67 é a pena imposta por ambos, posto que este, além de possibilitar a perda do cargo e inabilitação para exercício de função por até 5 anos, permite a aplicação de penas privativas de liberdade severas, que podem alcançar até 12 anos de reclusão dependendo do delito cometido, *in verbis*:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

[...]

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Como se percebe, o Decreto-Lei 201/67 ainda elencou a possibilidade de reparação civil, caso tenha havido dano ao patrimônio público ou particular, englobou, assim, os âmbitos penal e civil, para tornar mais efetiva a punição.

Outrossim, como já afirmado acima, era possível a aplicação subsidiária da Lei 1.079/50 à Lei Federal 3.528/59, mas, apenas no caso de não haver nos Estados normas que regulassem a forma na qual seriam processados os delitos de responsabilidade dos prefeitos (art. 4º, Lei 3.528/59). Ressalta-se que essa aplicação era cabível porque a Lei 1.079/50 trata dos crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República e Ministros de Estados, por conseguinte, delitos de mesma natureza.

Todavia, o Decreto-Lei 201/67 não necessitava mais dessa previsão, uma vez que apresentou em seu texto a forma pela qual devem ser processados os delitos de responsabilidade, tanto os de competência do judiciário quanto os da câmara dos vereadores, o que gerou uma unidade na forma de processar as condutas, trazendo, conseqüentemente, mais segurança jurídica. (COSTA, 2002)

O Decreto-Lei 201 entrou em vigor em 27 de fevereiro de 1967, por conseguinte, durante o Regime Militar (1964-1985), período no qual o Brasil era assolado pela Ditadura, sendo assim, com o fim do governo ditatorial e a promulgação da atual Constituição Federal

em 1988, era necessário determinar se a referida legislação havia sido recepcionada pela Carta Magna.

Antes de analisarmos a situação descrita, é imprescindível ressaltar o que é o instituto da recepção, o qual possibilita a compatibilização das legislações infraconstitucionais anteriores (vigência antes de 1988) com o ordenamento jurídico vigente, isto é, leis anteriores à Constituição de 1988 podem continuar tendo vigência, porém, deverão possuir compatibilidade material com o texto constitucional, ou seja, o que estiver disposto na lei não pode contrariar materialmente as normas constitucionais, devendo partilhar dos mesmos princípios e objetivos.

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, assevera Marcelo Novelino (2016) que:

Ao ser promulgada uma nova constituição, duas situações podem ocorrer. As normas infraconstitucionais anteriores materialmente compatíveis com ela são recepcionadas e ganham um novo fundamento de validade. As normas infraconstitucionais materialmente incompatíveis perdem seu fundamento de validade antigo e, como não ganham um novo fundamento, perdem também sua vigência. O princípio da unidade do ordenamento jurídico não admite a convivência simultânea de normas materialmente incompatíveis entre si. O instituto da recepção deve ser aplicado também às hipóteses de promulgação de emendas constitucionais, não havendo qualquer justificativa plausível para que fique restrito apenas aos casos de surgimento de uma nova constituição. (NOVELINO, 2016, pg. 126).

Partindo desse pressuposto, conforme aduz Tito Costa (2002), o Decreto-Lei 201/67 foi parcialmente recepcionado pela Constituição hodierna, tendo em vista que, conquanto tenha mantido a separação entre as condutas julgadas pelo judiciário (art. 1º) e as que são sujeitas às Câmaras dos Vereadores (art. 4º), acabou derogando os arts. 4º a 8º, posto que conferiu aos municípios mais autonomia no que se refere ao disciplinamento da perda dos mandatos dos Prefeitos e Vereadores, bem como na definição das infrações político-administrativas, é o que se percebe da leitura do art. 29, IX, XI, XIV, da CF³³.

³³ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

IX - proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa; (Renumerado do inciso VII, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992)

XI - organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal; (Renumerado do inciso IX, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992)

XIV - perda do mandato do Prefeito, nos termos do art. 28, parágrafo único. (Renumerado do inciso XII, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992)

No entanto, cumpre mencionar que o presente estudo apenas irá se ater às condutas tipificadas no art. 1º, do Decreto-Lei 201/67, as quais são de competência do judiciário, não cabendo, portanto, discutirmos de maneira aprofundada a derrogação dos art. 4º a 8º da legislação, já que estes descrevem infrações político-administrativas de competência da Câmara dos Vereadores e seus processos de julgamento.

Ainda sobre a recepção do DL 201/67, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, no julgamento do HC 70.671-PI, no qual confirmou a recepção daquele pelo ordenamento jurídico vigente, senão, veja-se:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". AÇÃO PENAL: TRANCAMENTO. D.L. 201/67: CONSTITUCIONALIDADE. PREFEITO. D.L. 201/67, art. 1.: CRIMES COMUNS. ALEGAÇÃO DE INEPCIA DAS DENUNCIAS. PROVA: EXAME. I. - O Supremo Tribunal Federal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do D.L. 201, de 1967. HC 70.671-PI, Velloso, Plenário, 13.04.94; HC 69.850-RS, Rezek, Plenário, "DJ" de 27.05.94. II. - Inviável o trancamento da ação penal se a denúncia descreve fatos que configurem, em tese, ilícito penal. III. - Os crimes denominados de responsabilidade, previstos no art. 1. do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente de pronunciamento da Câmara Municipal. IV. - Denúncias que atendem aos requisitos do art. 41 do C.P.P. V. - O exame de provas não é possível no âmbito estreito do "habeas corpus". VI. - HC não conhecido no tocante ao paciente Joaquim de Oliveira Castro Filho, na parte em que alega a inconstitucionalidade do D.L. 201, de 1967, porque é mera reiteração do HC 70.671-PI, e indeferido quanto ao mais³⁴.

Entendimento, inclusive, objeto da súmula 496 desse mesmo tribunal: “São válidos, porque salvaguardados pelas Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1967, os decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro e 15 de março de 1967”.

Em suma, a partir do que já foi exposto acima, é possível se afirmar que os art. 1º e 2º do DL 201/67 foram recepcionados pela Constituição de 88, sendo admissível aplicá-los às condutas criminosas praticadas pelos Prefeitos, as quais passaremos a analisar nos tópicos seguintes.

³⁴ (HC 71669, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 31/10/1995, DJ 02-02-1996 PP-00850 EMENT VOL-01814-01 PP-00037).

3.3. DECRETO-LEI 201/67 E OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Inicialmente, faz-se necessário diferenciar a natureza dos *crimes de responsabilidade* praticados pelos prefeitos elencados no art. 1º - julgados pelo judiciário – das *infrações político-administrativas* descritas no art. 4º - de competência da Câmara dos Vereadores – ambos do DL 201/67. Ademais, no intuito de delimitarmos com mais clareza o âmbito de incidência dos crimes de responsabilidade (art. 1º), também detalharemos quais condutas configuram improbidade administrativa.

Os crimes praticados por agentes públicos em detrimento da Administração Pública, em regra, são determinados pelos arts. 312 a 327, do Código Penal, todavia, em se tratando de chefe do executivo municipal, é cabível, além dos citados tipos penais, a aplicação do DL 201/67.

Assim, há possibilidade de incidência das duas legislações ao Prefeito, apenas havendo ressalva no que se refere às condutas tipificadas ao mesmo tempo em ambas as normas, uma vez que, nesse caso, aplicar-se-á o Decreto-Lei, por ser esta norma específica e, conseqüentemente, capaz de derrogar norma geral (*Lex specialis derogat legem generale*).

Esse entendimento encontra respaldo na doutrina de Waldo Fazzio Júnior (2003), consoante se transcreve abaixo:

É bom registrar, *ab initio*, que tanto os delitos funcionais do Decreto-Lei nº 201 como os delitos contra a Administração Pública, versados nos arts. 312 *usque* 326 do CP, são crimes comuns. Todavia, apenas algumas condutas apresentam-se repetidas nos dois diplomas. A concussão e a corrupção passiva (arts. 316 e 371 do CP), por exemplo, não têm similares no rol dos crimes funcionais de prefeito. Por outro lado, o peculato de uso (inciso II, do art. 1º do Decreto-Lei nº 201 não é fato típico no CP. Se o prefeito praticar a concussão ou a corrupção passiva, será responsabilizado nos termos o CP. Por sua vez, se cometer o peculato de uso, seu regime penal será o do Decreto-Lei 201. Mais. Onde há similaridade de condutas, as sanções estimadas no Decreto-Lei nº 201 são mais severas do que aquelas estipuladas no CP. Assim, em matéria de crimes funcionais, o primeiro constitui-se lei especial em relação aos crimes contra a Administração, inscritos no segundo. (FAZZIO JÚNIOR, 2003, pg. 38/39).

Ademais, cabe destacar que os crimes tipificados do art. 1º do DL 201/67, são considerados *crimes comuns*, contudo, por exigirem do agente público, a qualidade de Chefe do Executivo municipal, são classificados como *crimes funcionais*³⁵.

³⁵ Crimes funcionais são aqueles que só podem ser praticados por quem exerce cargo, emprego ou função pública (GRECO, 2016, pg. 242)

Assevera-se que, embora o art. 1º use o termo “crimes de responsabilidade”, os delitos elencados nesse artigo não configuram, de fato, crimes dessa natureza, posto que os crimes de responsabilidade são aqueles relacionados à qualidade de agente político do gestor municipal, destarte, essa nomenclatura adequar-se-ia de maneira mais contundente às infrações político-administrativas (Fazzio Junior, 2003), visto que essas estão relacionadas com a atividade política propriamente dita, ou seja, ligadas às obrigações decorrentes do poder político do Prefeito. De modo que houve uma impropriedade do legislador em identifica-los como crimes de responsabilidade.

Por exemplo, ao praticar a infração inculpada no art. 4º, I, do DL 201/67: “Impedir o funcionamento regular da Câmara”, o gestor municipal interferirá no Poder Legislativo, praticando, por conseguinte, uma conduta com repercussão política, fato que justifica o processamento das condutas perante a Câmara Municipal, órgão cujos membros também detém mandato eletivo.

Na precisa a esse respeito, segue a seguinte colocação de Fazzio Júnior (2003):

O legislador reservou à Câmara de Vereadores o julgamento do prefeito por infrações político-administrativas, isto é, os tradicionalmente chamados crimes de responsabilidade; quanto aos crimes funcionais, julga-os o Poder Judiciário. Inadequadamente, o texto do art. 1º do decreto-Lei nº 201/67 denomina crimes de responsabilidade as condutas que ali cataloga. Na verdade, não o são. De responsabilidade são os do art. 4º, do mesmo diploma, rotulados de infrações político-administrativas, pelos quais o prefeito responde na Câmara Municipal, em processo que pode redundar na cassação de sua investidura. Por isso, os delitos do art. 1º podem, também, ser denominados crimes de responsabilidade impróprios. (FAZZIO JÚNIOR, 2003, pg. 37/38).

Nesse mesmo sentido assevera o especialista Tito Costa (2002):

A expressão “crimes de responsabilidade” é hoje usual e reconhecida em texto de lei, embora se trate de locução desrevestida de sentido técnico, verdadeira corruptela. Refere-se a ela, no entanto, à responsabilidade criminal dos prefeitos, do qual a responsabilidade civil, e mesmo a político-administrativa, podem vir a ser consequência, não obstante independentes umas de outras. Aceitamos, portanto, já que a lei assim o faz, a expressão “crimes de responsabilidade” como sendo, no caso, os delitos de natureza funcional, cometidos por Prefeitos Municipais, no exercício das funções executivas do governo local e em decorrência desse exercício. Sujeito ativo da infração é, pois, o prefeito, e só ele. A não ser em nível de co-autoria em que qualquer outra pessoa da administração ou de fora dela, que concorrer para o crime, incidirá nas penas a ele cominadas. (COSTA, 2002, pg. 39/40).

Dissertando sobre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, o Min. Gilmar Mendes (2017) afirmou que “os crimes de responsabilidade caracterizam-se como infrações político-administrativas que dão ensejo à perda do cargo e à inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos (CF, art. 52, parágrafo único)”, apesar do autor tratar dos crimes cometidos pelo Chefe do Executivo Federal, seu conceito pode perfeitamente ser aplicado aos prefeitos, com base no princípio da simetria, uma vez que ambos – gestor municipal e federal – são Chefes do Executivo em suas respectivas esferas administrativas.

Embora não seja a nomenclatura tecnicamente correta, continuaremos usando-a no presente estudo, tendo em vista que a legislação vem mantendo esse termo. Assinala-se também que, é adotada na jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do HC nº 70671, Rel. Min. Carlos Velloso, em 13/04/1994:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO: CRIME DE RESPONSABILIDADE. D.L. 201, de 1967, artigo 1.: CRIMES COMUNS. I. - **Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1. do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1.),** são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1., par. 1.) e o processo e o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art.2.). No art. 4., o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações e que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. II. - A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1. do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. - Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV.- H.C. indeferido³⁶.

Outra diferença nítida entre os crimes de responsabilidade e as infrações político-administrativas são quanto às penalidades aplicadas, enquanto nestas é possível a cassação do mandato do prefeito, naquelas o referido pode ser punido com pena privativa de liberdade de reclusão (2 a 12 anos) ou detenção (3 meses a 3 anos), dependendo de qual(is) conduta(s) elencada(s) no art. 1º tenha aquele cometido.

Além disso, as penas referidas (art. 1º) serão aplicadas cumulativamente às penas restritivas de direitos quanto à interdição de direitos: à perda do cargo; inabilitação para

³⁶ (HC 70671, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/1994, DJ 19-05-1995 PP-13993 EMENT VOL-01787-03 PP-00536 RTJ VOL-00159-01 PP-00152)

exercício de cargo, função pública, eletiva ou de nomeação; ou outras tais como reparação civil, quando for o caso; suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF) e inelegibilidade.

Por fim, frisa-se que os crimes de responsabilidade (art. 1º, DL 201/67) tem natureza distinta das condutas que configuram improbidades administrativas, aqueles têm natureza eminentemente penal, estas possuem natureza civil, mais especificamente civil político-administrativa (Fazzio Junior, 2003), visto que suas penalidades refletem no âmbito civil, político e administrativo.

No campo civil podemos destacar a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, já no que se refere ao campo político, estão a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, finalmente, como sendo de natureza administrativa, por exemplo, a proibição de contratar com o poder público. Aprofundaremos a análise das condutas da Lei 8.429/92 no tópico seguinte, para que se possa diferenciá-las dos crimes do DL 201/67.

3.3.1 Origens da Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92)

Conforme antes exposto, as condutas descritas no DL 201/67 e na Lei de Improbidade - LIA possuem naturezas jurídicas distintas, portanto, não se confundem, pois sendo aplicadas a partir de processos judiciais distintos, o primeiro é tem como sanção de natureza penal e o segundo a sanção é de natureza civil; contudo, como as condutas são ilícitos independentes, não existe óbice legal do gestor municipal ser responsabilizado e penalizado ao mesmo tempo por ambas nas duas instâncias penal e cível de acordo com as legislações aplicadas à espécie, contanto que não há impedimento se incorrer em condutas cujas ações venha a ser sancionado simultaneamente tanto na esfera penal quanto civil.

A Lei nº 8429/92 foi publicada em 03.06.1992 dispendo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, e dando outras providências. Tal diploma legal é conhecido por 'lei de improbidade administrativa' e possui como fundamento o art. 37, § 4º, da CF que descreve as penalidades a que o agente público está sujeito caso incorra em ato ou conduta de improbidade administrativa.

Tais penalidades são: indisponibilidade de bens, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e ressarcimento ao erário, sendo este último imprescritível, consoante § 5º do mesmo artigo, tem-se, então, que os ilícitos podem prescrever – penas perpétuas são proibidas pelo texto constitucional (art. 5º, XLVII, b, CF) -, mas a ação de ressarcimento não prescreve, podendo alcançar inclusive os herdeiros do réu até o limite do

valor da herança (art. 5º, XLV, CF). Preza-se sempre pelo ressarcimento do dano, evitando-se, assim, maiores prejuízos para a administração pública.

O supracitado artigo da Constituição é expresso quando afirma que não há prejuízo da ação penal cabível, ou seja, pode-se aplicar, ao mesmo tempo, as sanções penais e de improbidade ao agente, o que possibilita, por exemplo, que o prefeito responda tanto pelos crimes do DL 201/67 quanto pelos atos ímprobos da Lei 8.429/92.

Ademais, por ser norma de eficácia limitada, já que necessita de legislação que regulamente sua aplicação, por conseguinte, tal norma constitucional foi regulamentada pela mencionada Lei Federal nº 8.429/92, a qual determinou quais seriam as condutas consideradas improbidades administrativas, bem como delimitou a gradação das sanções, a depender da gravidade das infrações; é portanto, corolário a sua submissão aos princípios explícitos elencados no *caput* do art. 37, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

3.3.2. Conduta ímproba e peculiaridades previstas na Lei nº 8.429/92

Por conduta ímproba entende-se aquela que desrespeita a lei, a moralidade, que utiliza a coisa pública em proveito próprio ou alheio, bem como a que dilapida o patrimônio público. Ser ímprobo, é ser desonesto, é agir de má-fé com o intuito de locupletar-se ilicitamente em detrimento dos bens públicos (GARCIA, 2013).

Para adentrarmos no estudo da lei de improbidade, faz-se necessário destacar quais são os sujeitos ativos e passivos das condutas ímprobas, respectivamente, os que praticam e os que sofrem as consequências dos atos desonestos.

3.3.2.1 Sujeitos ativos

Devido a abrangência dos conceitos, são considerados *sujeitos ativos* dos atos de improbidade os agentes públicos que exerçam, ainda que de maneira transitória ou sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função, inclusive, até mesmo quem não é agente público, mas concorra para a infração, responde pelos atos de improbidade, isto é, se participar do ato ímprobo, responderá por ele.

Exemplificando, se um prefeito recebe vantagens de empresário para facilitar a venda de imóveis públicos por preços muito inferiores aos valores de mercado, ambos

responderão por improbidade, o prefeito por ser agente público e o empresário por se beneficiar com o ato.

Sobre o tema, aduz o autor Waldo Fazzio Júnior:

No caso deste livro, não há maiores dúvidas: autor do ato de improbidade é o prefeito e quem, eventualmente, com ele colabora na conduta desonesta. É que o fato de abordar-se apenas a improbidade de prefeito não significa que não possa agir em parceria com outro(s) agente(s), e até com terceiros estranhos aos quadros administrativos locais. Aliás, é o que acontece, na maioria dos casos. O cotidiano municipal enseja um vasto contingente de relações entre o prefeito e empresários, abrindo caminho para negócios nem sempre sintonizados com o interesse público. As oportunidades para “negociatas” e favores públicos prestados sob a égide da reciprocidade por colaboração concedida oferecem um repertório inexaurível de ilicitudes, que vão desde pequenos deslizes, sem grande proporção, até generosos privilégios às expensas do dinheiro público, valendo-se de meios e processos desafortunadamente versáteis. (FAZZIO JÚNIOR, 2003, pg. 63).

3.3.2.2 Sujeitos passivos

É bem simples perceber quais são os *sujeitos passivos* dos atos de improbidade, ora, segundo se depreende do art. 1º, da Lei 8.429/92, onde houver dinheiro público, há possibilidade de existirem improbidades, conseqüentemente, estão sujeitos a essas condutas não só as entidades da administração direta e indireta mas também as entidades que recebam subvenções, benefícios ou incentivos, fiscais ou creditícios, de órgãos públicos, porém, no caso dessas últimas, a repercussão do ilícito ocorrerá na medida dos recursos públicos aplicados.

Para melhor delimitarmos a abrangência dos referidos incentivos, benefícios ou subvenções, apresentamos o entendimento de Emerson Garcia (2013):

É importante observar, no entanto, que a interpretação do art. 1º, parágrafo único, da Lei de Improbidade não pode servir de esteio a conclusões desarrazoadas e desvinculadas do sistema. Considerando que a lei se destina a alcançar aqueles entes que disponham de um tratamento diferenciado do Poder Público, sempre com o objetivo de atingir determinado fim específico, é possível afirmar que, para fins de incidência da Lei n. 8.429/1992, os benefícios, incentivos, e subvenções, não deverão ter sido concedidos, em caráter genérico. O recebimento destes sempre deverá estar associado à consecução de determinado fim de interesse público, cuja individualização deve resultar clara pelas circunstâncias de sua concessão. Fosse outra a conclusão, todas as microempresas do País, por isentas do imposto, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, seriam sujeitos passivos imediatos dos atos de improbidade, o mesmo ocorrendo com as pessoas físicas que

percebem rendimentos no espectro da faixa de isenção (GARCIA, 2013, pg. 290).

É necessário destacar, também, o caso das entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra, posto que, se concorrer com mais de 50% do patrimônio ou receita anual, a repercussão atingirá todo o patrimônio da entidade, caso contrário, se for menor que 50%, a repercussão do ilícito atingirá apenas os valores públicos investidos.

3.3.2.3. Atos que configuram improbidade administrativa

Após o exposto, cabe agora delimitarmos as quatro espécies de atos de improbidade insculpidas na Lei 8.429/92, são elas: a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causam prejuízo ao erário (art. 10); c) atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A); e d) que atentam contra os princípios da administração pública.

3.3.2.3.1. atos que importem em enriquecimento ilícito

Os atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito necessitam da ocorrência do dolo, portanto, o elemento anímico deve ser doloso, caso contrário, não há como subsumir as condutas ao art. 9º³⁷, da lei de improbidade. Portanto,

³⁷ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

caso o crime seja *culposo*, é possível a aplicação do Código Penal ou leis esparsas, a depender da situação, como a hipótese do art. 312, § 2º, do CP, o chamado crime de peculato culposo, no qual o agente público se apropria de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel ou imóvel, público ou particular, em razão do cargo, mas concorrendo culposamente para o crime.

Devido à gravidade das condutas elencadas no art. 9º, as quais possibilitam ao gestor público enriquecer através do uso indevido dos recursos públicos, a Lei 8.429/92 cominou ao referido ato de improbidade sanção mais graves aplicada na Lei, quais sejam: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano, quando houver; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; e f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (art. 12, I, Lei 8429/92).

3.3.2.3.2. atos que importam em prejuízo ao erário

Por outro lado, as condutas do art. 10³⁸, as quais importam em prejuízo ao erário, podem ocorrer com *dolo* ou *culpa*, fato que já as diferencia nitidamente dos atos apresentados

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

³⁸ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

anteriormente. Desta forma, mesmo que o prefeito pratique culposamente (por negligência, imprudência ou imperícia) um dos atos de improbidade enumerados no art. 10, ele ainda assim estará sujeito às penas cominadas, desde que as condutas sejam ilegais ou não respeitem os princípios elencados na constituição.

Discorrendo sobre o tema, Emerson Garcia afirma de maneira brilhante que:

Não raras vezes, a atividade estatal é envolta em uma atmosfera de extremo risco, o que torna comum o insucesso de iniciativas potencialmente úteis ao interesse público, sendo exemplo marcante os sucessivos planos econômicos que foram editados no Brasil, em sua grande maioria fracassados. Em razão disso, o dano ou o prejuízo ao erário não pode ser erigido à categoria de

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

elemento único de consubstanciação da improbidade disciplinada pela Lei n. 8:429/1992, sendo imprescindível que a conduta que os causou tenha sido fruto de inobservância dos princípios que informam os atos dos agentes públicos. A distinção assume grande relevância no que concerne aos atos dos agentes políticos, especialmente em relação àqueles que resultam do exercício do poder discricionário, pois, não raras vezes, a implementação de políticas públicas, por maior que seja o zelo e a dedicação do agente, não permite a formulação de um juízo de certeza quanto aos resultados pretendidos. Em casos tais, não haverá que se falar em improbidade se fatores externos concorrerem para a causação de dano ao erário, ou mesmo se a ocorrência deste transcendeu a esfera de previsibilidade do agente, o qual, apesar de ter valorado adequadamente todas as circunstâncias presentes por ocasião da prática do ato, não pode evitar o resultado danoso. Inexistindo dolo ou culpa, não haverá que se falar na incidência do art. 10 da Lei de Improbidade. (GARCIA, 2013, pg. 377).

Portanto, essa conduta é punível também pela *culpa* devido ao zelo que deve ter o agente público com os bens públicos, confiados a eles através do mandato conferido pelo sufrágio popular. Assim, espera-se a devida cautela no uso e administração desses bens, desse modo, desrespeitar a legalidade e os princípios constitucionais, mesmo que de maneira culposa, pode causar diversos danos à administração pública e à coletividade como um todo. Por exemplo, a má conservação de bens públicos devido a negligência do gestor pode acarretar sérios prejuízos financeiros à administração, o que, logicamente, iria atingir o orçamento público arrecadado com tributos pagos pela população.

As sanções aplicadas aos atos que causam lesão ao erário são: a) ressarcimento integral do dano; b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; e) pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; e f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (art. 12, II, Lei 8.429/92).

3.3.2.3.3. dos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário

Recentemente, no ano de 2016, a Lei Complementar nº 157/2016 incluiu na Lei nº 8.429/92 os art. 10-A e art. 12, IV, respectivamente, instituindo nova modalidade de ato de improbidade e agravando suas sanções. Assim, configurando-se a improbidade em conceder,

aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário, contrário ao art. 8º § 1º da LC 116/93³⁹ mencionado diploma legal. Vejam-se os dispositivos em comento:

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003⁴⁰. (Produção de efeito)

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato⁴¹:

.....

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido⁴².

Como dito acima, esse novo ato de improbidade exige uma ação ou omissão dolosa do agente ao conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao disposto no caput e § 1º, do art. 8-A, da Lei Complementar 116/2003, a qual versa sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS)⁴³, imposto de competência municipal e distrital, havendo, em vista disso, a possibilidade de o prefeito incidir nessa conduta, caso se utilizar indevidamente de recurso oriundo dessa receita tributária arrecada pelos municípios ou o distrito federal.

Para melhor elucidar o tema, cabe aqui transcrever o art. 8-A, caput e § 1º, da LC 116/2003, veja-se:

Art. 8º-A. **A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).** (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

§ 1º **O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.** (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) **(grifo nosso)** (BRASIL, 2003).

³⁹ Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

⁴⁰ Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (Produção de efeito)

⁴¹ Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009

⁴² Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016

⁴³ Art. 156, III, da Constituição Federal

Portanto, em regra, não pode haver a aplicação de alíquota menor que 2% no ISS, nem mesmo as isenções, os incentivos ou benefícios tributários e financeiros podem reduzir esse valor mínimo, salvo no que se refere aos subitens elencados na referida Lei (7.02⁴⁴, 7.05⁴⁵ e 16.01⁴⁶).

Feita essa explanação, é mister destacar quais foram as penalidades trazidas pela LC nº 157/2016 para o ato sob enfoque.

O art. 12, IV, enumera as seguintes sanções: a) perda da função pública; b) suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos; e c) multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

3.3.2.3.4. atos que atentem contra os princípios da administração pública

Finalmente esta quarta modalidade, analisa-se a partir do art. 11⁴⁷, da LIA, o qual prevê atos que atentam contra os princípios da administração pública. “Atentar contra os princípios jurídicos é muito mais grave que violar regras; significa agredir todo o sistema.” (FAZZIO JUNIOR, pg 173).

⁴⁴ 7.02 – Execução, por administração, empreitada ou sub-empreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

⁴⁵ 7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

⁴⁶ 16.01 - Serviços de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

⁴⁷ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Segundo afirma o autor Emerson Garcia (2013, pg. 392), o art. 11 é “uma norma de reserva”, pois permite que a lei de improbidade se torne mais abrangente, tendo em vista que, mesmo o agente não causando dano ao erário ou enriquecendo ilicitamente, ainda poderá estar sujeito às sanções de improbidade, caso atente contra os princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse caso, serão aplicadas as sanções de: a) ressarcimento integral do dano, se houver; b) perda da função pública; c) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; d) pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; e e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (art. 12, III, LIA).

Feitas as devidas diferenciações entre os crimes de responsabilidade e as condutas que importam em improbidade administrativa, passa-se, finalmente, no capítulo seguinte, a detalhar as possíveis malversações de verbas realizadas pelos prefeitos em detrimento do FUNDEB.

CAPÍTULO 4

4.1. CRIMES DE MALVERSAÇÃO DE VERBAS REALIZADOS PELOS PREFEITOS EM DETRIMENTO DO FUNDEB (ART. 1º, DL 201/67)

Analisando-se os tipos penais previstos no art. 1º, do DL 201/67, bem como a jurisprudência dos tribunais superiores, percebe-se que as condutas criminosas em que podem incorrer os gestores municipais, especificamente os prefeitos, realizadas em detrimento do FUNDEB podem, dependendo do fato, adequar-se a quatro dos tipos penais elencados no referido artigo, quais sejam:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

[...]

VII - Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título;

Portanto, para facilitar que a população possa, de fato, identificar as referidas condutas no cotidiano, é imprescindível que saiba distinguir cada uma delas: apropriar-se de bens ou rendas ou desviá-los para si ou para terceiros (ditos “laranjas”), utilizar-se indevidamente de bens, rendas ou serviços para si ou para terceiros; desviar rendas ou verbas públicas, seja inclusive aplicando-as indevidamente em prejuízo da população e, por último, não prestar contas correspondentes ao exercício financeiro quanto a aplicação dos recursos recebidos, de empréstimos, subvenções ou auxílios internos e externos recebidos pelo Município em suas receitas.

Por isso, é forçoso também apresentar, no objeto deste estudo, casos concretos colhidos da jurisprudência nacional, sempre no intuito de aclarar as situações do cotidiano, para que, desse modo, os cidadãos sintam-se capazes de identificar as malversações e, conseqüentemente, possam denunciá-las às autoridades competentes.

Ressalta-se, ainda, que todas as condutas listadas só podem ocorrer mediante *dolo*, quando há a intenção de praticar o ato, não existindo incidência dos tipos penais em caso de

culpa, mesmo que tenha agido por negligência, imprudência ou imperícia, visto que a ‘inabilidade’ do gestor não atrai o crime (RAMOS, 2002).

Muito embora, a lei especial não preveja a forma culposa, é de se questionar se a negligência no trato da coisa pública não deveria também ser sancionada pela lei penal, vez que, caso haja danos ao erário público, ainda que realizado de forma culposa, pode haver a configuração da improbidade administrativa elencada no art. 10, da Lei 8.429/92, a qual importa em prejuízo ao erário.

Dito isso, passemos à análise de cada uma das aludidas condutas.

4.1.1. Apropriar-se de bens e rendas públicas, ou desviá-las em proveito próprio ou alheio (art. 1º, I, dl 201/67).

Essa conduta é classificada como tipo penal ‘misto alternativo’, significa que o agente, mesmo praticando ambas as condutas do caput contra idêntico sujeito passivo, incidirá no mesmo crime, não havendo concurso material, destarte, responderá apenas por um crime. A título de esclarecimento, colhe-se o entendimento esposado por João Gualberto Garcez Ramos, veja-se:

O elemento objetivo desse tipo é duplo, pois é formado por dois verbos, apropriar-se e desviar. Como as duas condutas nele descritas, posto que diferentes no seu aspecto exterior, vulneram a mesma objetividade jurídica e, além disso, são eticamente equivalentes, é possível afirmar que se trata de tipo misto alternativo. No caso, a apropriação da renda pública é tão grave quanto o seu desvio. Em outras palavras, o destino do bem ou renda é irrelevante. O importante é sua retirada do patrimônio municipal e o benefício trazido ao agente ou a alguém que ele tenha escolhido. (RAMOS, pg. 16, 2002).

Nesse liame, existem duas condutas elencadas na descrição do tipo, a primeira é “apropriar” e a segunda é “desviar”, as quais possuem a mesma gravidade, tanto que o legislador as colocou na mesma disposição penal, porquanto nas duas condutas os bens e valores são retirados do patrimônio público e aplicados em finalidades de interesse próprio ou de terceiro, portanto que não são de interesse público, causando um vultoso prejuízo ao erário.

Embora possuam gravidades semelhantes, tais condutas são diferentes entre si, sendo necessário distingui-las, para que se possa dirimir quaisquer dúvidas existentes em relação a suas ocorrências em casos concretos, só assim a população estará devidamente instrumentalizada.

4.1.1.1. Apropriar de rendas ou bens públicos em proveito próprio ou alheio.

Apropriar é tornar próprio, fazer seu aquilo que é de outra pessoa, há uma inversão da posse, por conseguinte, deve existir um bem alheio e o agente deve assenhorar-se dele.

De acordo com Wolgran Junqueira Ferreira (1992, p.17 e 18):

Enquanto no furto, no roubo, no estelionato, não obstante ocorrer a apropriação, esta é contemporânea; no crime em tela, apropriação sucede à posse. No início inexistente o *animus delinquendi*; o agente recebe a coisa por vontade válida, ou melhor, em decorrência da função que exerce, modificando-a depois, arbitrariamente, o título da posse, passando a dispor *ut dominus*. Cessa de possuir *alieno domino* e, faz entrar a coisa no seu patrimônio; ou dispõe dela como se fora dono, isto é, com o propósito de não restituí-la, ou de não lhe dar o destino a que estava obrigado, ou sabendo que não mais poderá fazê-lo. Mas difere da apropriação indébita, pois, nesta a simples mora em restituir ou, a simples desídia no omitir não é apropriação, enquanto que, na figura delituosa em exame, o crime é instantâneo. O simples fato de apropriar-se de bens ou rendas públicas, fazendo sua coisa pública, caracteriza o dolo. A intenção de restituir não conta. (apud Néelson Hungria, 1959, p. 130).

Nesse caso, não é importante a destinação dada pelo agente aos bens apropriados, bem como é irrelevante se o gestor municipal tem a intenção de devolver os recursos posteriormente (RAMOS, 2002).

O FUNDEB, por ser um fundo contábil, é formado por valores monetários, dinheiro, bem móvel que o gestor recebe de maneira lícita através das transferências compulsórias, porém, em dado momento, resolve apropriar-se desses recursos, o que leva à ocorrência do delito inculcado na primeira parte do citado tipo.

4.1.1.2. Desviar rendas ou bens públicos em proveito próprio ou alheio.

Por outro lado, desviar significa redirecionar, modificar a direção dos bens e recursos públicos. No desvio, a intenção de mudar o destino da aplicação dos recursos deve ser combinada com o proveito próprio ou alheio, pois, se não houver esse dolo específico, se a destinação for pública, por exemplo, não haverá a subsunção da conduta ao tipo, podendo ocorrer, como se verá adiante, a crime do art. 1º, III, do DL 201/67.

Dissertando sobre a conduta João Gualberto Garcez Ramos afirma que:

Nesse caso, o importante não é a inversão da posse, mas, sim, a destinação dada ao bem. O agente retira o bem do uso público que até aquele momento se estava lhe dando e afeta o bem a um uso não-público, em proveito próprio ou alheio. Segue respeitando a posse e a propriedade anteriores do bem ou renda, mas lhe dá um uso torto. Assim, por exemplo, quando o administrador municipal retira o bem do seu local próprio, onde direta ou indiretamente servia à sociedade e transfere-o para um outro local, onde esse bem passa a servi-lo ou a um seu protegido, em caráter exclusivamente ou não. (RAMOS, pg. 18, 2002).

Partindo do pressuposto que o FUNDEB é um fundo constituído de dinheiro público, arrecadado por meio de impostos para ser investido em educação, é perfeitamente possível que o gestor municipal desvie essas rendas em proveito próprio ou alheio, basta que dê destinação que não seja pública aos recursos recebidos.

A conduta descrita tem grande semelhança com o crime de peculato (art. 312, CP⁴⁸), tanto o peculato-apropriação quanto o peculato-desvio, todavia, segundo tem entendido a doutrina e a jurisprudência, não há como aplicar as duas condutas em concurso material ao agente político (prefeito), tendo em vista ser o Decreto-Lei 201/67 uma lei especial e o Código Penal uma lei geral, aplicando-se aquela em detrimento desta, com base no princípio da especialidade.

Vale colacionar entendimento jurisprudencial sobre o tema:

PREFEITO MUNICIPAL - PECULATO - DESVIO DE RENDAS OU BENS PÚBLICOS - ARTS. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/67 E 312 DO CP - INEXISTÊNCIA DE DIFERENCIAÇÃO TÍPICA. "Entre os crimes definidos no art. 1º, I, do Dec. -Lei n. 201/67, e o art. 312 do CP, inexistente diferenciação típica. Ambos objetivam a apropriação, pelo funcionário público ou pessoa a ele equiparada, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, de que tenha a posse em razão do cargo, ou o desvio em proveito próprio ou alheio. Se o delito é praticado pelo Prefeito, em razão do cargo e enquanto o esteja ocupando, aplica-se a lei especial. Não ocorre aí conflito de normas, prevalecendo o princípio da especialidade" (Rui Stoco). NULIDADES - FALTA DE INTIMAÇÃO - ACUSADOS REPRESENTADOS POR VÁRIOS ADVOGADOS - CIENTIFICAÇÃO DE PELO MENOS UM DOS DEFENSORES COMUNS PARA CADA ATO DO PROCESSO - PREJUÍZO INOCORRENTE - PROVA DOCUMENTAL - FOTOCÓPIAS NÃO AUTENTICADAS - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO CONTEÚDO DAS REPRODUÇÕES - NÃO ACOLHIMENTO. Sendo os acusados representados por diversos advogados, alguns deles constituídos por todos, outros exclusivos, basta que pelo menos um dos defensores comuns tenha

⁴⁸ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

sido cientificado de cada ato do processo. A simples alegação da falta de autenticação de fotocópias que instruem o processo, desacompanhada de qualquer impugnação ao conteúdo das reproduções, não lhes retira o valor probante. CRIME DE RESPONSABILIDADE - CONTRATO DE EMPREITADA FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E EMPRESA DE CONSTRUÇÕES EM QUE ESTA ASSUME O ENCARGO DE FORNECER MATERIAL E MÃO-DE-OBRA NECESSÁRIOS À EXECUÇÃO DA PAVIMENTAÇÃO DE VÁRIAS VIAS PÚBLICAS, SE COMPROMETENDO A MANTER USINA ASFÁLTICA CEDIDA PARA SEU USO - CLÁUSULA CONTRATUAL IMPRECISA - DÚVIDAS A RESPEITO DE QUAIS GASTOS SERIAM ABRANGIDOS PELO REFERIDO DISPOSITIVO - REALIZAÇÃO CONCOMITANTE DE OUTRAS OBRAS PÚBLICAS DA MESMA NATUREZA PELA MUNICIPALIDADE - ABSOLVIÇÃO. Não sendo precisa a cláusula de contrato firmado entre município e empreiteira para a pavimentação de vias públicas, gerando dúvidas sobre quais despesas eram de responsabilidade da empresa, e existindo nos autos prova de que a administração, simultaneamente, executou outras obras públicas da mesma natureza, não se pode reconhecer com segurança a prática de peculato por parte do prefeito que determina o pagamento de materiais e serviços então utilizados, mostrando-se de justiça a absolvição dos acusados⁴⁹. (grifo nosso).

Discorrendo sobre o princípio da especialidade, Rogério Greco (2016) aduz que:

Pelo *princípio da especialidade*, a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra expressa pelo brocardo *lex specialis derogat generali*. Em determinados tipos penais incriminadores, há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, se houver uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral. (GRECO, p. 76, 2016).

Ademais, o ato tem que atingir os bens ou rendas públicas, sendo importante diferenciá-los para tornar mais evidente a ocorrência do crime.

A respeito da compreensão de bens, consoante afirmado por Fábio Ulhoa Coelho (2012):

Bem é tudo o que pode ser pecuniariamente estimável, isto é, precificado, avaliado em dinheiro, traduzido em quantia monetária. Consideram-se bens, assim, a casa, automóvel, obra de arte, computador e todos os demais objetos destinados a atender às mais variadas necessidades humanas, e que, por essa razão, têm valor para homens e mulheres. São bens, igualmente, animais, energia elétrica, imagens fotográficas, dinheiro e outras coisas cuja valorização pode ser quantificada. (COELHO, p. 597, 2012).

⁴⁹ (TJ-SC - PC: 796036 SC 1988.079603-6, Relator: Paulo Gallotti, Data de Julgamento: 13/10/1998, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo-crime n. 88.079603-6, de Chapecó.)

Os bens podem ser móveis ou imóveis, os quais são brilhantemente definidos por Maria Helena Diniz, a seguir:

Os bens imóveis são aqueles que não se podem transformar, sem destruição, de um lugar para outro, ou seja, são os que não podem ser movidos sem alteração de sua substância. Os bens móveis são os que sem deterioração na substância ou na forma, podem ser transportados de um lugar para outro, por força própria ou estranha. (DINIZ, p. 370, 2013).

Assim, *bem público* pode ser coisa móvel ou imóvel, com valor econômico e que possa ser objeto de relações jurídicas, desde que sejam de propriedade da administração pública. Sobre o conceito de bem público Maria Sylvia Zanella di Pietro (2017) afirma que:

O Código Civil de 2002 mantém a mesma classificação, porém deixando claro que se incluem entre os bens públicos os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. Nos termos do artigo 99, “são bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”.

O critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo Poder Público, para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis. (DI PIETRO, p. 902-903, 2017)

Já as *rendas* são equivalentes a dinheiro, todo e qualquer dinheiro público. Segundo Ramos (2002) “tendo em conta que a referência é feita à renda pública, tratar-se-á de todo dinheiro pertencente ao município, seja aquele entrado nos cofres através de tributos, seja aquele decorrente de resultados financeiros por ele gerados.”

Dada a gravidade das condutas enumeradas no inciso I, do art. 1º, do DL 201/67, o legislador impôs uma pena mais severa. O preceito secundário disposto no § 1º, do art. 1º, comina a pena de reclusão de dois a doze anos, já o § 2º, do mesmo artigo, define sanções de natureza não penais, tais como, a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos,

para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Por fim, cabe colacionar um aresto da jurisprudência pátria para que se possa visualizar um caso concreto:

Desta maneira, na qualidade de prefeito municipal de Luís Correia/PI, o denunciado Luiz Eduardo dos Santos Pedrosa administrava todos os recursos repassados ao município entre os anos de 2002 e 2003. Utilizando-se desta prerrogativa, **assinou dezenas de cheques da conta específica do FUNDEF, utilizados para saques em espécie. Parte desses valores, um total de R\$ 186.833,65 (cento e oitenta e seis mil, oitocentos e trinta e três reais), para os quais não existe qualquer comprovante de despesa, foram desviados em proveito próprio.**

Para conferir aparente legalidade aos gastos do FUNDEF/2002, com o objetivo de mascarar os desvios praticados, **o denunciado Luiz Eduardo dos Santos Pedrosa determinou a instrução das respectivas prestações de contas com folhas de pagamento adulteradas e fotocopiadas.**

Por fim, **a aquisição de combustíveis, em valores elevados, sem a necessária licitação, também foi determinada pelo denunciado Luiz Eduardo dos Santos Pedrosa, na qualidade de chefe da administração pública municipal** e responsável pelos contratos firmados em nome do município de Luis Correia/PI.

Por todo o exposto, o denunciado Luiz Eduardo dos Santos Pedrosa praticou os crimes previstos no art.1º, I, do Decreto-Lei 201/67; art. 299, do Código Penal e art. 89, da Lei nº 8.666/93 (petição inicial do Ministério Público)⁵⁰.

4.1.2. Utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas e serviços públicos (art. 1º, II, dl 201/67)

A conduta ‘utilizar’ significa empregar, usar, usufruir dos bens, rendas e serviços públicos, indevidamente, sempre pensando no proveito próprio ou alheio.

Diferente do crime apresentado anteriormente, o tipo elencado no art. 1º, II, do DL 201/67, possui apenas um único verbo, qual seja, “utilizar-se”, assim, para incidir neste preceito primário, o gestor municipal deve simplesmente usar os bens, as rendas e os serviços públicos em uma finalidade que não seja pública, visando o proveito próprio ou alheio.

Cumprase asseverar que quando o legislador utiliza a expressão “indevidamente”, quer afirmar que os recursos públicos estão sendo aplicados de maneira contrária a lei, contra as regras do direito municipal ou nacional (RAMOS, 2002).

⁵⁰ (TRF-1 - RSE: 2874 PI 0002874-29.2011.4.01.4002, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Data de Julgamento: 03/12/2012, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.43 de 09/01/2013).

A lei aduz que poderão ser utilizados os bens, rendas e serviços públicos, sendo necessário, portanto, delimitar seus conceitos. Os dois primeiros já foram explicitados no tópico anterior (bens e rendas), no entanto, o último ainda precisar ser objeto de análise.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2017) define os serviços públicos como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. Logo, são atividades exercidas pelo Estado para atender aos interesses públicos.

O Estado ao prestar os serviços públicos busca a satisfação das necessidades de toda a coletividade, o que lhe possibilita certas prerrogativas, isto é, um regime jurídico diferenciando, que oportunize a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Porém, as prerrogativas outorgadas pela lei não podem ser subvertidas pelos gestores, os quais devem cumprir o que a lei e a constituição exigir, sempre visando o caminho mais vantajoso ao interesse público.

Nesse sentido, caso o prefeito utilize os serviços públicos em finalidades contrárias às leis, buscando satisfazer seus interesses escusos, agirá com o dolo e sua conduta irá se subsumir ao aludido tipo penal.

Vale ressaltar, ainda, que se o gestor utilizar indevidamente os bens, rendas e serviços públicos, mas aplicar os recursos na própria administração pública, não incidirá no crime, já que esse exige o uso em finalidade que não seja pública, podendo vir a incidir no art. 1º, III, do DL 201/67, o qual será explicitado no tópico seguinte.

Nesse diapasão, afirma Wolgran Junqueira Ferreira que:

Mas quando o Prefeito usa de bens públicos é necessário que se verifique se não o está fazendo em favor da própria administração pública. É o caso do uso do automóvel da Prefeitura. Pode o Prefeito usá-lo em qualquer circunstância ou somente quando a serviço da Prefeitura? Entendemos que sempre, pois o veículo do gabinete do Prefeito passa a servir ao Prefeito, enquanto Prefeito e, não, quando este esteja a serviço da Prefeitura. O essencial é que haja prejuízo ao erário e que a conduta reprovável tenha sido dolosa. (FERREIRA, 1992, p. 24).

Outrossim, de nada importa se o agente busca o ressarcir posteriormente o dano causado, pois a intenção de realizar o pagamento não elimina o tipo. Segundo RAMOS:

Não tem importância alguma a intenção de pagar pelo uso das riquezas públicas. O importante aqui, como no tipo anterior, é a subtração do bem, renda ou serviço público da disponibilidade do município. Afinal, enquanto

um desses valores é usado por um particular, não está sendo útil a toda a coletividade. (RAMOS, 2002, p. 35).

Ademais, dada a gravidade das condutas enumeradas no inciso II, do art. 1º, do DL 201/67, o legislador impôs uma pena bem severa. O preceito secundário disposto no § 1º, do art. 1º, comina a pena de reclusão de dois a doze anos, já o § 2º, do mesmo artigo, define sanções de natureza não penais, tais como, a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Como se pode perceber, são aplicadas as mesmas penas do inciso I, do art. 1º, fato que demonstra a visão do legislador, o qual identifica as condutas como semelhantes, capazes de causar um dano de gravidade equivalente.

Finalmente, tendo como foco o FUNDEB, podemos identificar o crime, por exemplo, quando o gestor municipal utiliza os funcionários da escola em interesse próprio, ou seja, paga os professores com os recursos do Fundo, mas exige que estes deem aulas particulares para os seus filhos.

Com fito de elucidar a conduta, destaca-se a jurisprudência a seguir:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - APURAÇÃO DE EVENTUAL PRÁTICA DE CRIME DE RESPONSABILIDADE - ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 - PREFEITO DE MANDIRITUBA TERIA REALIZADO PROCESSO LICITATÓRIO PARA AQUISIÇÃO DE PEÇAS PARA VEÍCULOS, UTILIZANDO-SE DE VERBAS FEDERAIS, MAS NÃO TERIA ATENDIDO ÀS ORIENTAÇÕES DO ARTIGO 21 DA LEI Nº 11.494/2007-FUNDEB, E A RESOLUÇÃO Nº 12/2011 DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, A QUAL ESTABELECE O REPASSE DE RECURSOS DO PNATE - OFENSA A INTERESSE DA UNIÃO - ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DESTE TRIBUNAL - ACOLHIDO O PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA, DECLINANDO A COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL, COM A DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS⁵¹.

4.1.3. Desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas (art. 1º, III, dl 201/67)

⁵¹ (TJ-PR - Embargos de Terceiro: 9701631 PR 970163-1 (Acórdão), Relator: Roberto De Vicente, Data de Julgamento: 31/01/2013, 2ª Câmara Criminal em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 1047 26/02/2013).

Como definido no item 1.1.2, desviar é redirecionar, modificar a direção dos bens e recursos públicos. Já o verbo ‘aplicar’ significa empregar, investir, utilizar, usar os recursos em finalidades diversas da exigida por lei.

É bem perceptível a semelhança entre esse tipo penal (art. 1º, III) e os delitos inculpidos no art. 1º, I e II, do DL 201/67, tendo em vista os verbos utilizados nos preceitos primários, situação que pode ocasionar certas dúvidas na hora de subsumir as condutas dos gestores aos tipos penais.

Contudo, essa incógnita é apenas aparente, posto que há grande diferença entre as condutas, conforme analisaremos adiante.

A diferença básica entre os citados tipos está no elemento anímico do agente, na intenção que este tem ao realizar umas das condutas, visto que os delitos elencados nos dois primeiros incisos exigem o proveito próprio ou alheio, nota-se que o agente tem o intuito de tirar algum proveito para si ou para outrem em detrimento do interesse público.

Por outro lado, a conduta criminosa do inciso III (desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas), não exige esse elemento subjetivo, assim, nesse tipo penal não há a intenção de obter vantagem para si ou para outrem, pratica-se, na verdade, um desvio ou aplica-se os recursos em desconformidade com a lei, mas, mesmo assim, nestas condutas os valores ainda estão sendo aplicados na própria Administração Pública. As rendas ou verbas públicas são recebidas com uma finalidade pública específica, mas acabam sendo destinadas a outras áreas de interesse público, porém, de forma contrária à lei.

Tito Costa exemplifica muito bem a referida situação, veja-se:

Aplicar uma verba (ou dotação orçamentária) em lugar de outra, ou para finalidade diversa da consignada no orçamento. O crime consuma-se com a simples prática da ação prevista na lei, independentemente de indagar-se se houve ou não efetivo prejuízo ao interesse da administração pública. No caso, especificamente, administração pública municipal, mas pode ser também a estadual ou a federal, dependendo da verba ou renda que tenha sido desviada, ou mal aplicada (COSTA, 2002, p. 54).

Nesse diapasão, percebe-se que há a ocorrência frequente do supracitado delito quando os recursos do FUNDEB não são aplicados em suas finalidades precípuas, sendo, ao contrário, destinados a outras situações diversas, mas no interesse público, não existindo, por conseguinte, proveito próprio do prefeito ou de outrem. Por exemplo, veja-se a seguinte hipótese: se o prefeito resolve aplicar os recursos do FUNDEB na compra de ambulâncias

para um hospital, estará incidindo no tipo de desvio do crédito oriundo do Fundo, uma vez que o FUNDEB tem sua destinação vinculada à educação.

Além disso, o crime do art. 1º, III, do DL 201/67 atinge as rendas ou verbas públicas, palavras que aparentam ser sinônimas, mas possuem certas diferenças, consoante explicitado por Ramos, *in verbis*:

Rendas são dinheiros, os valores, o conjunto do numerário que circula. Renda pública, em linha de consequência, é o dinheiro público. No caso, pode ser do município ou não.
Verbas são dinheiros dotados ou consignados por pessoa jurídica, para a realização de fins específicos. (RAMOS, 2002, p 37)

Outra diferença entre o tipo disposto no inciso III e os dos incisos I e II é a pena imposta. Enquanto nestes a pena é de reclusão de dois a doze anos, naquele o preceito secundário determina uma pena de detenção de três meses a três anos, situação nitidamente mais favorável. Isso ocorre pelo fato da última conduta não ser pautada na má-fé em locupletar-se dos recursos públicos, ocorrendo apenas a incorreta destinação pública desses.

Por outro lado, os efeitos da condenação são os mesmos, isto é, a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Finalmente, será apresentado um caso concreto da jurisprudência, de modo a tornar mais clara a situação acima descrita:

1. Fatos que envolvem a utilização indevida de verbas públicas do FUNDEF no Município de Cascavel/CE, que ocorreu com a dispensa de licitação fora das hipóteses legais e o emprego de verbas públicas em desacordo com as disposições legais, **imputando ao ex-Prefeito Municipal a prática dos delitos tipificados nos arts. 1º, II e III, do Decreto-lei nº 201/67 e 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93** e ao Diretor da Instituição de Ensino (FUGESP), as condutas ilícitas previstas nos crimes tipificados nos arts. 1º, II e III, do Decreto-lei nº 201/67 e 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

16. A contratação de parque de diversões para o Município, paga com verbas do FUNDEF, não constitui manutenção e desenvolvimento do ensino, que se viram prejudicados na medida em que deixaram de receber as verbas pertinentes a título de complementação à sua contraprestação laborativa, não podendo ser considerados sequer na contabilidade do percentual de 40% das verbas disponíveis do FUNDEF para o fomento de atividades correlacionadas ao ensino⁵². (grifo nosso)

⁵² (TRF-5 - APR: 200005990006064, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Data de Julgamento: 24/04/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 29/04/2014).

4.1.4. Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação dos recursos, empréstimos, subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título (art. 1º, VII, dl 201/67)

O prefeito, assim como qualquer gestor público, deve respeitar os princípios constitucionais elencados no art. 37, da CF, sendo assim, deixar de prestar contas é ato que afronta a Constituição em sua base axiológica quanto a fundamentos essenciais da supremacia do interesse público, a legalidade, a publicidade e, notadamente, a moralidade, pois, omitir do povo a real aplicação dos recursos é ir de encontro à confiança depositada através do voto. Além disso, não prestar contas é claro indício de que houve malversação dos recursos, porquanto o gestor não pode provar que aplicou corretamente os valores recebidos.

Para cometer o delito o agente se omite no seu dever de prestar contas aos órgãos competentes no prazo estipulado para tal. Os órgãos competentes podem ser os que repassam os recursos ao município (como o FNDE, no caso do FUNDEB), os Tribunais de Contas estaduais e federais e a própria Câmara de Vereadores do município, a depender da origem dos recursos.

Dissertando sobre o tema, assim dispôs COSTA:

Se o BNDES contrata empréstimo com o município e, pelo contrato, obriga-se a prestar contas da aplicação do mesmo a um determinado órgão ou departamento, ou seção do Banco, a falta dessa prestação de contas será tida, em tese, como infração ao preceito do inc. VII. E assim em relação a outros entes estatais com os quais o município contrate para o recebimento de qualquer recurso financeiro, em razão do qual deva prestar contas de sua aplicação. A expressão da lei “recebidos a qualquer título” quer significar tanto a gratuidade do recebimento quanto a necessidade de contraprestação de parte do município. Dependendo, é claro, da figura ou do instituto utilizado. Pois o empréstimo, por exemplo, é contrato que exige a contraprestação, ou seja, o seu pagamento em dinheiro. (COSTA, 2002, p. 72)

Ademais, faz-se necessário distinguir os conceitos de aplicação de recursos, empréstimos, subvenções e auxílios, nesse sentido, explana com primazia RAMOS:

Aplicação é o ato ou o que resulta do ato de aplicar. São palavras sinônimas emprego, gasto, investimento, despesa, expensão, inversão.
Recursos, no plural, quer significar dinheiro, pecúnia, na mais ampla acepção.
Empréstimos são, neste contexto, os recursos financeiros resultantes de mútuos feitos para o município.

Subvenção é toda ajuda oriunda do poder público e fornecida na forma pecuniária.

Auxílio interno é toda a subvenção oferecida ou obtida dentro do país. Auxílio externo, a ajuda vinda de fora”. (RAMOS, 2002, p. 53)

Por ser crime omissivo, consuma-se após o decurso do prazo determinado para a prestação de contas ao órgão competente.

Por óbvio, os recursos do FUNDEB podem ser objeto da inércia dolosa do gestor municipal, basta, logicamente, que este deixe de prestar contas no prazo estabelecido, inclusive, caso não haja prazo estipulado, o gestor passará a incidir no tipo caso seja notificado e mesmo assim não preste contas.

As sanções aplicadas são as mesmas do inciso III, isto é, uma pena de detenção de três meses a três anos, bem como a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular, caso haja dano.

Concluindo, expõe-se aresto da jurisprudência nacional que versa sobre a conduta discutida:

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 1º, VII, DO DECRETO-LEI 201/67. EX-PREFEITO MUNICIPAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA MANTIDA. 1. A conduta esperada do réu, gestor público do Município, beneficiário de repasses federais, de acordo com a lei, é que, recebidas as verbas, comprove a regularidade de sua aplicação, ao órgão competente, no prazo estabelecido. Não encaminhando a prestação de contas ao órgão competente ou apresentando-a fora do prazo estabelecido, responde pelo delito do art. 1º, VII, do Decreto-Lei 201/67, sobretudo quando não justificadas as razões para o atraso na prestação de contas. 2. O crime previsto no art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 201/1967 - deixar de prestar contas ao órgão competente, no devido tempo, de recursos, empréstimos, subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título - é crime formal, cuja configuração ocorre com a omissão na prestação de contas pelo gestor público ao órgão competente e no prazo devido. 3. Mantida a sentença que condenou o denunciado pela prática do delito previsto no art. 1º, inciso VII, do Decreto-lei 201/67, por ausência de prestação de contas. 4. Considerando a pena concretamente aplicada, de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de detenção, é certo que entre a data do fato, 28/2/2001, e o recebimento da denúncia, 23/5/2006, e entre esta e a publicação da sentença recorrida, 25/7/2008, não transcorreu lapso temporal superior a 08 (oito) anos, capaz de atrair a incidência a prescrição, nos termos do artigo 109, IV, do Código Penal, antes da alteração da Lei 12.234, de 05.05.2010. 5. Dosimetria mantida, nos termos do art. 59 e 68 do CP. 6. Apelação do réu a que se nega provimento⁵³.

⁵³ (TRF-1 - ACR: 3745120064014200, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Data de Julgamento: 08/10/2014, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 17/10/2014)

4.2. ÓRGÃOS COMPETENTES PARA JULGAMENTO DOS CRIMES REALIZADOS PELOS PREFEITOS.

O *caput* do art. 1º, do Decreto-Lei 201/67, afirma expressamente que os crimes ali elencados “independem do pronunciamento da Câmara de Vereadores”, isso ocorre porque o legislador teve a intenção de revogar a súmula 301 do STF⁵⁴, a qual determinava que o procedimento penal dos crimes de responsabilidade dos prefeitos era condicionado ao seu afastamento do cargo por *impeachment* ou por outra forma de cessação do mandato (COSTA, 2002)

Como se percebe, foi dada maior autonomia ao Judiciário e ao Ministério Público, os quais poderão, respectivamente, julgar e denunciar as condutas, estas no ajuizamento da ação penal pública incondicionada, sem necessitar do aval do legislativo.

Conforme afirmado acima, quem tem a prerrogativa de denunciar formalmente os prefeitos, é o Ministério Público, tendo em vista serem as condutas inculpidas no art. 1º, do DL 201/67, crimes de ação pública incondicionada (art. 24, CPP⁵⁵), ou seja, o *Parquet* não necessita de representação para oferecer a denúncia (ingressando com a ação penal), uma vez que a lei não faz tal exigência.

No entanto, caso haja desídia do Ministério Público e este não ofereça a denúncia no prazo legal, é possível que o particular ingresse com uma queixa-crime ação penal privada), é o que se depreende do art. 29, do CPP⁵⁶, não obstante, não se verifica na prática ações dessa natureza.

Outrossim, qualquer pessoa pode fornecer ao Ministério Público provas dos atos criminosos atribuídos aos gestores municipais, com fulcro no art. 27, do CPP⁵⁷. Situação que possibilita que toda a população investigue os crimes, destarte, caso haja provas da existência

⁵⁴ Por crime de responsabilidade, o procedimento penal contra prefeito municipal fica condicionado ao seu afastamento do cargo por "*impeachment*", ou à cessação do exercício por outro motivo. (*cancelada*)

⁵⁵ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

⁵⁶ Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

⁵⁷ Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

de condutas violadoras do Decreto-lei 201/67 perpetradas gestores, mais especificamente pelos Prefeitos, qualquer cidadão poderá noticiar ao *Parquet* de sua cidade.

Ressalta-se, ainda, o papel das ouvidorias do Ministério Público, as quais possibilitam que as denúncias sejam feitas de maneira sigilosa (as informações só serão divulgadas através de decisão judicial), inclusive, podem ser feitas on-line nos sítios dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, do respectivo Estado de domicílio do denunciante.

No mesmo sentido é o entendimento de COSTA, o qual se expõe abaixo:

Assim, nos chamados crimes de responsabilidade, a iniciativa da ação penal compete ao Ministério Público. Mas, na omissão eventual deste, pode qualquer pessoa levar-lhe ao conhecimento a notícia de fatos que possam constituir delitos do mencionado art. 1º. Essa *noticia criminis* (impropriamente chamada, às vezes, de “representação”) deve ser encaminhada ao representante do Ministério Público, ou mesmo ao Juiz de Direito, por meio de petição fundamentada e comprovação dos fatos alegados (ou indicação de provas ou fontes de provas). Ao Promotor de Justiça é que caberá, no entanto, acionar o processo, requisitando o que entender conveniente à sua instrução, para a efetiva verificação de existência do crime ou dos crimes referidos na representação; e para o oferecimento de denúncia, se for o caso.

A representação, contendo a *noticia criminis*, pode ser apresentada por qualquer pessoa, consoante prevê o art. 27 do CPP. Por meio dela será provocada a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe informações sobre os fatos e sua autoria, indicando ao mesmo tempo as provas, além de outros elementos para a formação de convicção da autoridade processante. O direito de representação ou de petição é garantia constitucional (art. 5º, XXXIV, a). (COSTA, 2002, p. 130)

Acrescenta-se, ainda, que a ação penal pode ser proposta pelo Ministério Público mesmo depois de findar o mandato do Prefeito, fato corroborado pela súmula 164 do STJ, que assim dispõe: “Prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 201, de 27/02/67”.

4.2.1 Foro competente nos crimes praticados por prefeitos em detrimento do FUNDEB (súmulas 208 e 209 do STJ)

Passe-se a analisar quais órgãos do poder judiciário têm competência para julgar os prefeitos nos crimes realizados em detrimento do FUNDEB.

Em primeiro lugar, forçoso é evidenciar que o gestor municipal, enquanto permanecer no cargo, será julgado no foro da Justiça Comum, cujo órgão competente é o Tribunal, que poderá ser o Tribunal de Justiça do Estado. Contudo, será competente o foro da Justiça Federal quando se tratar de verba proveniente de recurso federal, e no caso será perante o

Tribunal Regional Federal, portanto, depende da natureza do crime cometido. Essa regra tem como fundamento o art. 29, X, da CF⁵⁸, naquilo que for considerado na chamada ‘prerrogativa de foro’ aos prefeitos.

Assim sendo, se o prefeito estiver no cargo quando for oferecida a denúncia, esta deverá ser encaminhada ao Tribunal respectivo competente, caso contrário, se não estiver mais exercendo o mandato eletivo, a ação correspondente deverá ser proposta na Vara Especializada de primeiro grau, se houver de acordo com o Código de Organização Judiciária de cada Estado ou da Lei Federal que disponha sobre as Seções Judiciárias Federais.

Por outro lado, constata-se que a divergência de entendimento que existe em relação a qual âmbito do judiciário julgará a ação penal, isto é, se o Federal ou o Estadual, especialmente com relação aos recursos do FUNDEB, foi dirimida após diversos conflitos de competências arguidos nas instâncias estadual e federal que, a partir da expedição das súmulas 208 e 209 do STJ, as quais determinam regras de competência, firmaram-se os seguintes entendimentos:

Súmula 208: Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por **desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.**

Súmula 209: Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito **por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.**

[Destacou-se em negrito]

Quando se trate de FUNDEB, o importante é identificar se a prestação de contas será feita ou não perante órgão de controle externo de competência federal, notadamente, o Tribunal de Contas da União - TCU, por conseguinte, o que vai diferenciar a esfera de competência não é a incorporação dos recursos ao município, posto que, mesmo a verba sendo incorporada ao patrimônio do município, se houver interesse da União, a ação penal mesmo assim, será de competência da Justiça Federal.

Nesse sentido, logo no início da criação do Fundo e repasse de recursos, a questão foi levada ao STJ, onde no voto do Ministro do STJ Vicente Leal em julgamento de conflito de competência de nº. 14.061 – RS, reproduzido adiante, tal entendimento que foi expressamente mantido em conformidade com a natureza da prestação de contas se perante órgão de controle estadual ou federal, consoante abaixo:

⁵⁸ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça

As circunstâncias são outras. Não é o fato de incorporar ou não o bem ao patrimônio do Município. Todas estas verbas que se destinam às obras, no final, se incorporam ao patrimônio Municipal. Todavia há **aquelas verbas em que, nos termos dos convênios celebrados, devem a municipalidade prestar contas à Administração Federal e ao Tribunal de Contas da União. É neste sentido que a jurisprudência se orientou.** Assim, nesta hipótese, a competência é fixada na linha das decisões do Supremo Tribunal Federal, que fixou a competência dos Tribunais Regionais Federais.⁵⁹

Não se olvide que, a União somente repassa recursos do FUNDEB aos municípios caso esses não alcancem o valor mínimo por aluno/ano. Portanto, os municípios que recebem os recursos federais devem prestar contas perante o Tribunal de Contas da União, hipótese de incidência da súmula 208, a qual outorga a competência à Justiça Federal.

Ao contrário, se a municipalidade não receber verbas federais deverá prestar contas perante o Tribunal de Contas dos Estados, fato que determina a incidência da súmula 209, conseqüentemente, os prefeitos serão julgados pela Justiça Estadual, esse é o entendimento assentado pela jurisprudência do STJ, *in verbis*:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. MALVERSAÇÃO DE VERBAS DO FUNDEF. PREFEITO MUNICIPAL. NÃO-COMPLEMENTAÇÃO DO FUNDO PELA UNIÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 208/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF atende a uma política nacional de educação, sendo regulamentado pela Lei 9.424/96, que foi revogada com a entrada em vigor da Lei 11.494/07, que instituiu o FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação. **2. Os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios devem fiscalizar o cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição, que trata do sistema de ensino no país, conforme dispunha o art. 11 da Lei 9.424/96 e a nova Lei 11.494/07 em seu art. 26.** 3. **Não ocorrendo a complementação do Fundo com recursos da União, inexistente o seu interesse direto na gestão desses recursos, sendo inaplicável a Súmula 208/STJ.** 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal de Justiça da Paraíba, ora suscitado⁶⁰. (grifo nosso)

Portanto, havendo verba federal o prefeito será julgado pela Justiça Federal, em não havendo, caberá à Justiça Estadual o julgamento.

⁵⁹ (CC 14.061-RS, 3ª S, 24.04.1996 – DJ 12.05.1997)

⁶⁰ (STJ - CC: 104240 PB 2009/0043623-9, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 26/08/2009, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: --> DJe 23/09/2009)

Assevera-se, finalmente, que é possível instrumentalizar a população para que ela identifique e denuncie as malversações realizadas pelos gestores em detrimento do FUNDEB, basta que haja a difusão das informações necessárias a este fim através de publicidade nas mídias (internet, televisão, jornais etc.). Somente dessa maneira o cidadão irá se inteirar das informações e fará suas reclamações e denúncias, as quais poderão ser feitas diretamente ou através de ouvidorias dos órgãos de fiscalização, especialmente, os Ministérios Públicos localizados em seus respectivos municípios.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada, pode-se extrair algumas conclusões a respeito do tema, conforme abordado nos capítulos trabalhados.

A educação é de extrema importância para que uma população possa se desenvolver, somente a partir dela surge a capacidade de questionar, já que sem o conhecimento do que é errado não se pode exigir o correto. Para que haja a valorização da educação, deve existir o reconhecimento do educador, por ser este o transmissor do conhecimento.

Foi com base nessa ideia que surgiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF e, posteriormente, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, uma vez que esses fundos foram criados com o fito de valorizar os profissionais da educação, notadamente, os da educação básica, por serem esses formadores do alicerce do conhecimento.

Porém, o simples fato de existir um fundo que financia a educação não resolve automaticamente o problema. A solução está na aplicação eficiente dos recursos públicos repassados aos 4 entes federados, em especial o município, o qual é objeto do presente trabalho, visto que nas municipalidades a fiscalização é mais difícil, devido ao fato de existirem uma grande quantidade de municípios no Brasil.

Assim, para que haja eficiência na administração dos recursos, o primeiro passo é reduzir a corrupção. Os crimes de malversações dos recursos públicos praticados pelos gestores são muito frequentes no Brasil, os noticiários informam diariamente condutas ímprobadas praticadas em detrimento da coisa pública.

Nos municípios essa realidade é ainda pior, já que a população, em regra, possui um grau de instrução menor ou não tem acesso às informações necessárias para realizar uma fiscalização efetiva.

Nesse liame, é de extrema importância instrumentalizar a população para que possa identificar as condutas criminosas que configuram malversação de recursos públicos, especialmente, quando o assunto é FUNDEB, pois, desenvolver a educação é essencial para o país.

Isso pode ocorrer a partir do momento que a população possua informações suficientes para entender como funciona o FUNDEB e quais as obrigações os gestores municipais devem seguir em relação a este.

Foi exatamente o que se buscou demonstrar no presente estudo. Com efeito, é realmente possível apresentar para a população instrumentos que lhes auxiliem na identificação de irregularidades.

Ora, ao determinarmos como são repassados os recursos do FUNDEB, quais suas finalidades, bem como as formas e instrumentos para aferir a quantidade de recursos que são repassados, possibilitou-se que qualquer pessoa identifique a inadequação da aplicação dos recursos.

Frisou-se que no mínimo 60% dos recursos do FUNDEB devem ser aplicados para pagamentos de remuneração dos profissionais da educação, por conseguinte, caso os recursos tenham ingressado nos cofres do município e mesmo assim o gestor não tenha realizado o pagamento dos profissionais da educação, haverá forte indício de irregularidade, a qual poderá ser plenamente questionada por qualquer um do povo.

Não se olvide, também, que os recursos do FUNDEB são decorrentes de transferências constitucionais ou compulsórias, o que demonstra a obrigatoriedade de seu repasse.

Vale ressaltar, ainda, a existência do Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB, instrumento essencial, cujo mote é a valorização da participação popular na fiscalização dos objetivos do fundo, sendo aquele de criação obrigatória em todas as esferas do governo.

Com relação ao Decreto-Lei 201/67, a delimitação da natureza das condutas elencadas em seu texto proporcionou uma distinção nítida do que pode ser considerado crime de responsabilidade ou infração político-administrativa, o que individualiza os crimes inculpidos no art. 1º, os quais são julgados pelo judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores.

Ademais, demonstrou-se quais são as condutas criminosas em que os gestores podem incidir com base no art. 1º, do Decreto-Lei 201/67, exemplificado cada uma delas com casos concretos retirados da jurisprudência, havendo a clara diferenciação do que pode ou não ser feito com os recursos recebidos.

Identificou-se, inclusive, quais as autoridades responsáveis pelo julgamento dos crimes realizados pelos prefeitos, situação que viabiliza que a população possa saber a qual órgão apresentar as informações sobre possíveis praticas desonestas.

Dessarte, uma fiscalização efetiva limita a atuação do gestor corrupto, o qual passa a agir com um risco maior, conseqüentemente, quanto mais pessoas fiscalizarem menos chances existirão de os prefeitos malversarem os recursos do FUNDEB.

Portanto, com a ajuda da própria população, é plenamente viável melhorar a fiscalização nos municípios, basta que as informações cheguem de maneira correta ao povo, de modo a possibilitar a utilização eficiente dos meios de fiscalização disponíveis.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. **Vade Mecum Constitucional e Humanos**. 10ª edição. Recife, PE: Armador, 2017.

BRASIL, Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Coordenação-Geral de Operacionalização do Fundeb e de Acompanhamento e Distribuição da Arrecadação do Salário Educação. **Manual de Orientação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação-FUNDEB**. Brasília, 2009.

BRASIL, Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. **Manual de Orientação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério-FUNDEF**. Brasília, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em: 10 de janeiro de 2017.

BRASIL. Constituição do Estado do Maranhão, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.stc.ma.gov.br/files/2013/03/CONSTITUI%C3%87%C3%83O-DO-ESTADO-DO-MARANH%C3%83O_atualizada_at%C3%A9_emenda69.pdf, acesso em: 02 de janeiro de 2018.

BRASIL. Decreto 2.264, de 27 de junho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2264.htm, acesso em: 20 de setembro de 2017.

BRASIL. Decreto 6.253, de 13 de novembro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6253.htm, acesso em: 15 de março de 2017.

BRASIL. Decreto 7.507, de 27 de junho de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7507.htm, acesso em: 02 de setembro de 2017.

BRASIL. Decreto-Lei 872, de 15 de setembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0872.htm, acesso em: 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm, acesso em: 15 de janeiro de 2017.

BRASIL. Lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm, acesso em: 16 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm, acesso em: 20 de setembro de 2017.

BRASIL. Lei 11. 947/09, de 16 de junho de 2004. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11947.htm, acesso em: 25 de setembro de 2017.

BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm, acesso em: 28 de dezembro de 2017.

BRASIL. Lei 3.528, de 03 de janeiro de 1959. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L3528.htm, acesso em: 16 de setembro de 2017.

BRASIL. Lei 5.537, de 21 de novembro de 1968. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5537.htm, acesso em: 27 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm, acesso em: 29 de novembro de 2017.

BRASIL. Lei n.º 11.494, de 20 de junho de 2007. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11494.htm, acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm, acesso em: 05 de março de 2017.

BRASIL. Lei n.º 9.424, de 24 de dezembro de 1996. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9424.htm, acesso em: 19 de março de 2017.

BRASIL. Portaria 2.188, de 28 de dezembro de 2000. Ministério da Educação. Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/5931-portaria-mec-n%C2%BA-2-188,-de-28-de-dezembro-de-2000>, acesso em: 13 de dezembro de 2017.

BRASIL. Portaria MEC/MF 8, de 26 de dezembro de 2016. Disponível em:
<http://www.fnde.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/10915-portaria-interministerial-mf-mec-n%C2%BA-8,-de-26-de-dezembro-de-2016>, acesso em: 17 de agosto de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 1.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Tito. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores.** 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil.** 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2156>, acesso em: 25 de outubro de 2017.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089754&base=baseA cordaos>, acesso em: 19 de novembro de 2017.

Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/463895535/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1039549-rs-rio-grande-do-sul-0078569-2020148217000>, acesso em: 17 de dezembro de 2017.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505942076/recurso-especial-resp-1644896-ro-2016-0330380-4/decisao-monocratica-505942086>, acesso em: 21 de novembro de 2017.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6030468/conflito-de-competencia-cc-104240-pb-2009-0043623-9-stj>, acesso em: 27 de dezembro de 2017.

Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23706985/embargos-de-terceiro-9701631-pr-970163-1-acordao-tjpr>, acesso em: 14 de novembro de 2017.

Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4943367/processo-crime-pc-796036-sc-1988079603-6>, acesso em: 08 de outubro de 2017.

Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164666178/apelacao-criminal-acr-3745120064014200>, acesso em: 12 de novembro de 2017.

Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23002497/recurso-em-sentido-estrito-rse-2874-pi-0002874-2920114014002-trf1>, acesso em: 15 de outubro de 2017.

Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23002497/recurso-em-sentido-estrito-rse-2874-pi-0002874-2920114014002-trf1>, acesso em: 12 de dezembro de 2017.

Disponível em: <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178248559/procedimento-investigatorio-do-mp-pimp-8811020144050000-al>, acesso em: 10 de novembro de 2017.

Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula208.pdf, acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula209.pdf, acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

Disponível em: <https://www42.bb.com.br/portalbb/daf/beneficiario.bbx>, acesso em: 20 de novembro de 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: comentários, artigo por artigo, da Lei nº 8.429/92 e do DL 201/67**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores**. 3ª edição. São Paulo: Edipro, 1992.

FURTADO, J. R. Caldas. **Direito Financeiro**. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Crimes funcionais de prefeitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TABORDA, Maren Guimarães. **O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, p. 251/279, out./dez., 2002.