

## SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO

Parecer nº 02/2009 – CGRYN

Direito Tributário e Financeiro. Contribuição Social Denominada Salário-Educação. Aplicação dos Recursos em Programas Suplementares de Alimentação nas Escolas. Inexistência de Ato Normativo Disciplinando a Matéria. Posição do Órgão de Assessoramento Jurídico do FNDE Contrária a Aplicação Pretendida. Exegese Constitucional. Autonomia dos entes Federativos para aplicação de Recursos. Federalismo Fiscal. Legalidade Tributária. Interpretação Constitucional do Artigo que atribui ao FNDE o poder de Fiscalizar a Destinação dos Recursos do Salário-Educação.

Trata-se de processo encaminhado pela Superintendente de Orçamento e Finanças desta Secretaria de Estado de Educação, objetivando o exame desta Assessoria Jurídica acerca da aplicação dos recursos do salário-educação como suporte orçamentário e financeiro das despesas com merenda escolar em 2009.

O presente processo foi inaugurado por mensagem eletrônica desta Assessoria, em que se teceram considerações acerca da contribuição social em questão, assim como sobre as restrições existentes para utilização dos recursos, colacionando-se o posicionamento do órgão de assessoramento jurídico do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação sobre o tema, no sentido de que os recursos do salário-educação só poderiam ser aplicados nos programas definidos como *Manutenção e Desenvolvimento do Ensino*.

A fls. 17/18 consta mensagem eletrônica do Ilmo. Subsecretário de Orçamento da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, no sentido de que inexistiria óbice legal à utilização dos recursos oriundos do Salário-Educação no financiamento da ação “2421 – Nutrição Escolar”, constante do orçamento SEEDUC para 2009, ressaltando-se que inexistira recurso outro para atendimento do programa de alimentação escolar.

No mesmo sentido, a Subsecretaria de Política Fiscal da Secretaria de Estado de Fazenda noticiou a fls. 19/24, rememorando que os programas custados pelas receitas oriundas do salário-educação não poderiam ser utilizadas para composição do índice constitucional da educação, exarou que seria viável utilizar dita contribuição social para financiamento das ações de alimentação escolar, uma vez que a única restrição legal seria para emprego em pagamento de despesas de pessoal.

Em nota técnica a fls. 26/28, a Subsecretaria de Orçamento da SEPLAG ratificou o conteúdo da mensagem eletrônica de fls. 17/18, no sentido de que não há óbices à aplicação da quota estadual do salário-educação para pagamento de despesas com merenda escolar, ressaltando-se a impossibilidade de destinação de recursos do Tesouro Estadual para o respectivo financiamento.

O Ilustre Assessor Jurídico da SEPLAG e Procurador do Estado Dr. Maurício Carlos Ribeiro manifestou-se a fls. 30/32, corroborando o posicionamento da Subsecretaria de Orçamento, opinando pela ausência de obstáculos para utilização de recursos oriundos da cota-parte estadual da contribuição social denominada salário-educação para o fim da ação orçamentária “nutrição escolar”.

O ilustre Procurador enfatizou, ainda, que a existência de parecer jurídico do FNDE não vincula a atuação da autarquia, já que destituído de força vinculativa, o que reforça o posicionamento de que seria possível empregar os recursos em questão nos programas de alimentação escolar.

A fls. 33 o Exmo. Sr. Secretário de Estado de Planejamento e Gestão consolidou o entendimento sobre a viabilidade de aplicar os recursos oriundos do salário-educação para o financiamento da ação “2421 – Nutrição Escolar”, constante do orçamento da Secretaria de Estado de Educação para o exercício de 2009.

Sedimentado o posicionamento no âmbito da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, inexistindo receita diversa para atendimento dos programas de alimentação escolar, a Superintendente de Orçamento e Finanças noticiou que deu início aos procedimentos relativos ao repasse de verbas de merenda escolar às escolas da Rede Estadual, com base no orçamento aprovado para a SEEDUC no exercício de 2009, que indica a utilização dos recursos da cota-parte estadual do salário-educação para este fim.

Assim sendo, o presente administrativo foi encaminhado a esta Assessoria Jurídica, com o escopo de que se defina, em definitivo, o posicionamento da Administração Estadual em relação à aplicação dos recursos em tela.

É o breve relatório.

O ponto nodal da presente consulta cinge-se ao exame da legislação relativa à contribuição social denominada salário-educação, de modo a avaliar a viabilidade de sua aplicação em programas suplementares de educação.

Tendo em vista a peculiaridade da consulta e, mais ainda, a existência de diversos diplomas regendo a matéria, permitir-se-á subdividir a presente fundamentação em tópicos, a fim de explanar com melhor clareza os contornos da situação posta em exame.

### **Das Contribuições Sociais e da Legislação de Regência da Contribuição Social Denominada Salário-Educação**

As Contribuições Sociais foram definidas pela Constituição da República em seu artigo 149, nos seguintes termos:

Art. 149. Compete à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas (...)

Desse modo, diante da vigente Constituição, pode-se conceituar a Contribuição Social como espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida.

Nesse aspecto, de forma diversa das demais espécies tributárias, a função das Contribuições Sociais não é a de suprir o Tesouro de recursos financeiros, mas assegurar recursos para satisfação de metas para-fiscais e extra-fiscais.

A função para-fiscal das contribuições de interesse social, como a denominada salário-educação, se caracteriza por funcionar como fonte de recursos financeiros às entidades do Poder Público em atribuições específicas, desvinculadas do Tesouro.

A Constituição, assim, assegura à determinada atividade uma fonte de custeio específica, que permitirá o cumprimento das obrigações do Estado, sobretudo os de índole positiva, como a educação e a seguridade social.

No caso, a contribuição social do salário-educação foi criada pela Lei nº 4.440, de 27 de outubro de 1964, passando a ter sede constitucional a partir da Emenda

Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, tendo por escopo o financiamento do então denominado ensino primário.

Como reflexo do ordenamento constitucional então inaugurado, foi editado o Decreto-Lei nº 1.422, de 23 de outubro de 1975, que expressamente revogou a Lei nº 4.440/64 e deu novos contornos ao salário-educação, instituindo-se a cota federal (1/3) e a cota estadual (2/3) de distribuição da arrecadação do salário-educação, como fonte de custeio do ensino público.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o salário-educação passou a ser disciplinado pelo artigo 212, § 5º, que em sua redação original trazia o seguinte comando:

Art. 212 (...)

§ 5º - O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida, na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes.

Estabelecida na Constituição esta fonte adicional do ensino fundamental público, redigiu-se, em consequência, a Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, cujo artigo 15 alterou as disposições referentes à forma de cobrança, mas manteve inalterada a divisão do produto de arrecadação antes firmado pelo produto normativo pré-constitucional, bem como a vinculação de sua destinação.

De toda sorte, na medida em que a Lei nº 9.424/96 não esgotou em si a regulamentação necessária à exação da contribuição social, editou-se a Medida Provisória nº 1.565, de 09 de janeiro de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.766, de 18 de dezembro de 1988, que sedimentou os contornos finais do tributo.

Em acréscimo, em 29 de dezembro de 2003, a Lei nº 10.832 alterou o § 1º e inciso II, do artigo 15, da Lei nº 9.424/1996, e do artigo 2º da Lei nº 9.766/1998, os quais passaram a ter as seguintes e ainda vigentes redações:

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

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

I - Quota Federal, correspondente a um terço do montante de recursos, que será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-

educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

II - Quota Estadual e Municipal, correspondente a 2/3 (dois terços) do montante de recursos, que será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental.

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

Assim sendo, a contribuição social do salário-educação firmou-se como *fonte de receita existente para financiamento dos programas, ações e projetos do ensino fundamental público*, o que ainda foi ampliado com a edição da Emenda Constitucional nº 53/2006, que alterou a redação do § 5º, do artigo 212, da CRFB, passando a contribuição social em tela, até então fonte adicional de custeio exclusivo da *educação fundamental*, a respaldar as ações de toda a *educação básica*, consoante se infere do dispositivo abaixo transcrito:

Art. 212 (...)

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

De todo o que se expôs, já se pode sintetizar que o salário-educação é uma contribuição social concedida como fonte adicional de financiamento ao ensino básico público, que, nos casos dos Estados Federados, é creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação e tem por escopo "*o financiamento de programas, projetos e ações voltadas para a educação básica*" (Decreto nº 6.003/06, artigo 9, inciso II).

Postas tais considerações e esclarecido que o salário-educação é contribuição com destinação vinculada ao *financiamento de programas, projetos e ações voltadas para a educação básica*, cabe definir o alcance dessa expressão legal, pois é justamente o ponto conflituoso da presente consulta.

#### **Da Sede Constitucional da Aplicação Obrigatória de Recursos na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino – Artigo 212, da Constituição da República**

Em seu título VIII, a Constituição da República disciplinou a ordem social, reservando, em seu capítulo III, seção I, 10 (dez) artigos para regulamentar o direito social à educação.

Nesse passo, o artigo 208, da CRFB, pontuou os deveres do Estado com a educação, revelando os programas e atuações que lhe poderiam ser exigidas, prevendo, em seu artigo 212, de modo a evitar a ausência de investimentos que pudessem preservar o comando constitucional, a aplicação compulsória pelos Estados de 25% (vinte e cinco por cento), no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, *na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino*.

Confira-se, por oportuno, a redação do *caput* do artigo 212, da Constituição:

Art. 212 A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estado, 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.

Coube, assim, ao legislador federal, com esteio na competência privativa atribuída pelo artigo 22, inciso XXIV, da Carta, definir aquilo que seria considerado como manutenção e desenvolvimento do ensino, o que se firmou por meio da edição da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

O artigo 70, da Lei nº 9.394/96, fixou, então, as ações governamentais na educação que poderiam ser consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino, tendo se delineado, no artigo 71, com o mote de espancar qualquer interpretação contrária, os programas que não ostentariam o status em questão:

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

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

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

- I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;
- II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;
- III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;
- IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-

odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;

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

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

Dessa forma, é indene de dúvidas que somente as despesas em programas definidos pelo artigo 70, da Lei nº 9.394/96, podem ser computadas para fins de cumprimento do comando constitucional inserto no artigo 212, *caput*, da CRFB, que estabelece o índice constitucional para destinação de receita proveniente de impostos à Educação.

Grife-se, por oportuno, que a satisfação do índice constitucional citado deve considerar, exclusivamente, as receitas provenientes de impostos, o que, por óbvio, afasta as receitas destinadas à educação, oriundas, por exemplo, de contribuições sociais, ainda que para custeio de programas definidos como manutenção e desenvolvimento do ensino.

Visto isso, trazendo a explanação ao caso específico da contribuição social denominada salário-educação, já é possível estabelecer que, qualquer que seja a destinação dos recursos, não será possível utilizá-los para composição do índice constitucional da educação, por não se tratar de receita oriunda de impostos.

#### Dos Programas Suplementares de Alimentação Escolar

No presente tópico, é essencial esclarecer o significado de programas de alimentação suplementar nas escolas, uma vez que é esse o escopo da aplicação que se pretende com os recursos do salário-educação.

O artigo 208, inciso VII, da Constituição da República, que versa sobre os deveres do Estado com a educação, disciplinou a obrigatoriedade de se garantirem programas suplementares de educação ao educando do ensino fundamental.

Nesse passo, por força da dicção constitucional citada, exarando a atuação suplementar do Estado na alimentação, combinada com a norma extraída do artigo 227, da Carta, que define o direito à alimentação como dever da família, *não há como afastar que toda e qualquer despesa com programas alimentares na escola constituirão programas suplementares de alimentação*, pois o constituinte entendeu por firmar como subsidiária a atuação do Estado no dever alimentar cometido à família.

Por essa razão, *na medida em que o artigo 71, da Lei nº 9.394/96, afasta os programas suplementares de alimentação do conceito de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino*, está vedada a utilização dos recursos empregados para esse fim para atingir a meta do índice constitucional definido pelo artigo 212, da CRFB, o que, de toda forma, não seria possível empreender com os recursos oriundos da cota-parte estadual do salário-educação, já que o índice de aplicação compulsória é composto apenas por receitas de impostos.

Dito isso, há, então, que se examinarem os diplomas que regem a aplicação dos recursos da contribuição social do salário-educação, de modo a avaliar se os *programas, ações e projetos da educação básica pública* devem corresponder aos programas definidos pelo legislador federal como *manutenção e desenvolvimento do ensino*, tal como sustenta o órgão de assessoramento jurídico do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

## Do Posicionamento do Órgão de Assessoramento Jurídico do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE – da Ausência de Suporte Legal e Constitucional para a Interpretação Adotada pela Autarquia Federal

Conforme relatado, o órgão de assessoramento jurídico do FNDE adotou o posicionamento de que programa, projeto ou ação de ensino deve corresponder ao que estabelece o artigo 70, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), *não sendo possível utilizar os recursos oriundos da contribuição social do salário-educação nas ações que não são consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino* (artigo 71, da LDBE).

Isso porque, de acordo com a autarquia federal, o produto da arrecadação da contribuição social estaria direcionado ao que determina o artigo 212, da CRFB, tendo em conta que o salário-educação foi disciplinado pelo parágrafo 5º, deste dispositivo, e, consoante as normas de hermenêutica, não haveria como empregar interpretação ao parágrafo dissociada do *caput*.

Assim sendo, haveria obstáculo para utilização dos recursos do salário-educação em programas de alimentação suplementar, porque, pela redação do artigo 71, da LDBE, não constitui despesa de manutenção e desenvolvimento do ensino.

É relevante destacar que o anseio em decifrar o posicionamento da autarquia em questão é de fundamental relevância para o caso, já que o artigo 7º, da Lei nº 9.766/1998, definiu que a fiscalização da aplicação dos recursos provenientes do salário-educação caberia ao FNDE:

Art. 7º O Ministério da Educação e do Desporto fiscalizará, por intermédio do FNDE, a aplicação dos recursos provenientes do Salário-Educação, na forma do regulamento e das instruções que para este fim forem baixadas por aquela Autarquia, vedada sua destinação ao pagamento de pessoal.

Todavia, com o máximo respeito ao posicionamento do órgão de assessoramento jurídico do FNDE, não há como corroborar com a interpretação lançada.

Repare-se que os artigos 70 e 71, do título VII, denominado *dos Recursos Financeiros*, da Lei nº 9.394/96, apenas disciplinam aquilo que pode ser considerado como manutenção e desenvolvimento do ensino para fins de cumprimento dos percentuais estabelecidos pelo artigo 212, *caput*, da CRFB, tendo em conta que dita expressão foi consagrada pelo constituinte, com o fim único de definir aquilo que comporia os investimentos obrigatórios na educação.

A utilização do conceito de “*manutenção e desenvolvimento do ensino*” pela Carta da República, em todas as suas passagens, deixa claro que o constituinte pretendeu adotar esta expressão tão somente quando quis exigir que se desse cumprimento à satisfação do índice mínimo de investimento com receitas de impostos em educação.

Repare-se, de forma sistematizada, para melhor compreensão do que se exarou, que o conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino revela-se sempre vinculado ao aspecto orçamentário da atuação dos entes federados, não funcionando como paradigma para definição das políticas educacionais, que, embora devam atender o índice de investimento citado, não está jungido a este conceito, já que a própria Constituição expressa, no seu artigo 208, que o dever com a educação é muito mais abrangente do que aquilo definido por manutenção e desenvolvimento do ensino.

Confiram-se, nesse aspecto, as passagens constitucionais que empregam a expressão em voga:

● Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...) e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na *manutenção e desenvolvimento do ensino* e nas ações e serviços públicos de saúde.

● Art. 167. São vedados: (...) IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para *manutenção e desenvolvimento do ensino* e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

● 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: (...) VIII - a vinculação de recursos à *manutenção e desenvolvimento do ensino* estabelecida no art. 212 da Constituição Federal suportará, no máximo, 30% (trinta por cento) da complementação da União, considerando-se para os fins deste inciso os valores previstos no inciso VII do *caput* deste artigo;

Isto significa dizer, portanto, que aquilo que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional não arrolou de forma taxativa no artigo 70 como despesa com a manutenção e desenvolvimento do ensino, embora não possa ser computado para satisfação da obrigação orçamentária dos entes federados, poderá ser legitimamente custeado com as verbas provenientes de todas as fontes adicionais, tal como o salário-educação, desde que, neste caso, sejam despesas passíveis de enquadramento como programas públicos, projetos e ações públicas dirigidas à educação básica.

Repare-se que se o constituinte e o legislador federal desejassem restringir a aplicação da receita do salário-educação àquilo definido como manutenção e desenvolvimento do ensino, tal como realizou com os recursos do FUNDEB, por meio do artigo 21, da Lei nº 11.494/2007, não se teria disciplinado que a contribuição social seria destinada aos programas, projetos e ações da educação básica pública, mas expressamente à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Note-se que em dezembro de 2006 o legislador federal buscou restringir a aplicação dos recursos do salário-educação em programas de alimentação escolar, por meio do artigo 43, da Medida Provisória nº 339, *in verbis*:

Art. 43. Os arts. 7º, 8º e 9º da Lei nº 9.766, de 18 de dezembro de 1998, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 7º Compete ao FNDE, aos órgãos de controle interno do Poder Executivo e ao Tribunal de Contas da União, nos limite de

suas atribuições, a fiscalização da aplicação da quota federal da contribuição social do salário-educação.

Art. 8º Para os fins do disposto no § 5º do art. 212 da Constituição, desta Lei, da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e das demais disposições aplicáveis, os recursos do salário-educação serão destinados à educação básica pública, incluindo educação especial e a educação de jovens e adultos na modalidade presencial com avaliação no processo, desde que vinculadas à rede pública de ensino.

Art. 9º É vedada a utilização dos recursos do salário-educação para o pagamento de pessoal e alimentação escolar, ou qualquer outra forma de assistência social, ressalvadas as despesas desta natureza no âmbito de programas de educação de jovens e adultos na modalidade presencial com avaliação no processo *instituídos pelo Governo Federal*.

*Entretanto, as alterações em espeque não constaram da Lei nº 11.494/2007, originada da conversão da medida provisória nº 339/06, o que manteve a redação da Lei nº 9.766/98 em sua redação originária, sem nenhum óbice expresso à aplicação das receitas do salário-educação em programas de alimentação escolar.*

Assim sendo, como fonte adicional que é, e inexistindo vedação legal expressa, a contribuição social pode igualmente financiar tudo quanto está previsto no artigo 70 da Lei de Diretrizes e Bases, cujo objetivo vem a ser a manutenção e o desenvolvimento do ensino, mas também custear as despesas previstas no artigo 71, tendo em vista que a Constituição da República e a Lei nº 9.424/96 optaram por autorizar aplicação mais ampla do que a manutenção e desenvolvimento do ensino.

Aliás, não é demais repisar que os programas suplementares de educação foram definidos como deveres do Estado com a educação, nos termos do artigo 208, VII, da CRFB, sendo, de fato, contrária à Constituição a interpretação sustentada pelo órgão de assessoramento jurídico do FNDE de que não possa ser considerada como programa, projeto e ação da educação básica pública.

Ressalve-se que, em verdade e de acordo com a legislação vigente, só obsteu-se a aplicabilidade dos recursos do salário-educação para o pagamento de pessoal (Lei nº 9.766/98, artigo 7º).

Em outras palavras, não há diploma legal que restrinja ou vede que o valor principal da quota do salário-educação seja destinado a programas suplementares de alimentação escolar, não sendo legítimo adotar-se interpretação restritiva em hipótese não prevista pelo legislador.

Em verdade, tal conclusão, em nada, estaria dissociada do *caput* do artigo 212, da CRFB, tendo em conta que o § 5º, do mesmo dispositivo, não restringe a aplicação da contribuição social do salário educação às despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, mas a define, de forma genérica, como fonte adicional de financiamento da educação básica.

Muito ao contrário, o próprio § 4º, do mesmo artigo 212, da CRFB, é expresso ao definir que os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais.

Confira-se, por oportuno, a redação dos §§4º e 5º, do artigo 212 citado:

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.

(...)

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

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Ora, como vedar, então, que a contribuição social criada justamente para sustentar à educação básica pública tenha sua aplicação restrita ao que se definiu como manutenção e desenvolvimento do ensino, se o próprio artigo 212, da CRFB, previu, em seu §4º, que os programas suplementares de alimentação seriam financiados com recursos oriundos de contribuições sociais? Mais ainda, como sustentar que se deve guardar correspondência com a aplicação dos recursos da contribuição social com o que disciplina o *caput* do artigo 212, da CRFB, se apenas as receitas oriundas de impostos são computadas para satisfação do índice constitucional da educação?

De fato, adotar a posição do órgão de assessoramento jurídico do FNDE de que todos os parágrafos do artigo 212, da CRFB, devem guardar correspondência com o *caput*, firmando que devem versar sobre *Manutenção e Desenvolvimento do Ensino*, já significaria que o constituinte equivocou-se ao prever uma contribuição social como fonte adicional da educação básica, pois apenas as receitas de impostos são computadas para satisfação do índice constitucional da educação.

Desse modo, é perfeitamente razoável defender que a aplicabilidade da aludida contribuição social será balizada pela finalidade da despesa, a qual deverá se ater, por meio de programas, projetos e ações, à concretização dos comandos constitucionais inerentes à educação básica, o que pode abranger as previsões do artigo 70 e 71, da Lei nº 9.394/96, ressalvada a vedação expressa pelo artigo 7º, da Lei nº 9.766/98, com despesas com pagamento de pessoal.

Ao que parece, pretende-se adotar aos recursos oriundos da contribuição social denominada salário-educação interpretação idêntica aquela atribuída aos recursos oriundos do FUNDEB, estes sim destinados apenas ao custeio daquilo definido por manutenção e desenvolvimento do ensino.

Note-se que no caso do FUNDEB o constituinte foi expresso ao designar que não seria admitida aplicação outra que não os programas definidos por manutenção e desenvolvimento do ensino, consoante se infere da disciplina do artigo 60, incisos I e II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

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:

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 Fed-

eral, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil;

II - os Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas a e b do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal;

Nessa hipótese, como já citado, o legislador federal também restringiu a aplicação dos recursos do FUNDEB, conforme dispõe o artigo 21, da Lei nº 11.494/2007, *in verbis*:

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

Por essa razão, apenas se petrifica o posicionamento defendido neste parecer, pois quando o constituinte quis restringir a aplicação de receitas orçamentárias à manutenção e desenvolvimento do ensino, o fez de forma expressa.

Aliás, defender que os recursos do salário-educação seriam destinados para finalidade idêntica aos oriundos do FUNDEB seria absolutamente destituído de razoabilidade, pois acabaria por se consignar duas fontes de receita para mesmo escopo, deixando-se desguarnecida todas as demais obrigações e deveres dos entes federados com a educação que não foram definidos como manutenção e desenvolvimento do ensino, mas foram igualmente definidas como deveres com a educação.

Por todos os fundamentos que se expôs, parece não haver base para obstar a aplicação das fontes orçamentárias oriundas da contribuição social do salário-educação para financiamento dos programas suplementares de alimentação escolar, desde que não envolva o pagamento de pessoal.

#### **Da Natureza da Manifestação do Órgão de Assessoramento Jurídico do Fnde – Inexistência de Vinculação**

Entretanto, não há dúvidas de que, tal como ressaltou o i. Procurador do Estado e Assessor-chefe da Assessoria Jurídica da SEPLAG, Dr. Maurício Carlos Ribeiro, o fato de existir posicionamento do órgão jurídico do FNDE em sentido contrário ao que se defende neste parecer, não vincularia a atuação da autarquia, tendo em vista a natureza opinativa das manifestações dos órgãos de assessoramento jurídico.

O parecer, segundo Hely Lopes Meirelles, para vincular a atuação da Administração, ou aos particulares relativamente a sua motivação ou conclusão, há de ser aprovado por ato subsequente.

Nessa hipótese, é o ato de aprovação, como resultado de acolhimento da autoridade competente, que caracteriza o ato administrativo, na sua feição normativa, negocial, ou punitiva. A manifestação de órgão de assessoramento jurídico não traz qualquer força dispositiva, pois consiste, apenas, em campo de exposição de argumentação, visando a fixar os contornos basilares de um direito.

Assim sendo, como veículo expositivo “*quer significar tudo que expõe, narra ou relata, sem que contenha qualquer força dispositiva ou determinativa*”<sup>1</sup>, mas não conduz a posicionamento consolidado pela Administração.

Não cuida, pois, de uma declaração de vontade da Administração, porque encerra apenas um *enunciado* fruto do pensamento ou do juízo de conhecimento concebido em razão do entendimento do parecerista.

Nesse diapasão, na medida em que não há qualquer ato formal do FNDE que consolide o posicionamento sustentado pelo seu órgão de assessoramento jurídico, não há como reconhecer a existência de restrição oponível aos entes federados, nos termos do que define o artigo 7º, da Lei nº 9.766/98, que firma ser da autarquia federal a atribuição para fiscalizar a aplicação dos recursos oriundos do salário-educação.

De todo modo, ainda que o FNDE tivesse entendimento consolidado no sentido de restringir a utilização da receita do salário-educação em programas suplementares de educação escolar, não se pode olvidar que tal previsão não poderia esbarrar na autonomia conferida aos entes federados consoante se passará a explicar e, tampouco, poderia definir óbice não previsto na Lei Federal instituidora do tributo.

#### **Da Autonomia dos Entes Federativos – Independência para Definição da Política Orçamentária Estadual – Autorização Legislativa Constante da Lei Nº 5.369/2009 - Delineação das Políticas Públicas Tendo a Constituição como Único Paradigma de Controle – Impossibilidade de Interferência por Manifestação de Entidade da Administração Pública Federal – Federalismo Fiscal – Impossibilidade de Instituição de Restrição à Destinação de Recursos Tributários por Ato de Autarquia**

A declaração constante do artigo 1º, do pacto social promulgado em 05 de outubro de 1988, deixou expressa que a república então constituída adotaria a forma federativa de Estado.

A forma de Estado Federal, que teve seu nascedouro na Constituição norte-americana de 1787, é caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, que resumem, em expressão única, o que se denomina *Autonomia Federativa*.

É nesse ambiente que surge também o conceito de federalismo fiscal.

Na organização governamental federativa, o Estado opera por meio de múltiplos centros decisórios, combinando instrumentos operados pelo governo central e outros administrados pelos governos regionais e locais. A adoção do federalismo fiscal implica distribuição de competências constitucionais fiscais entre os diferentes níveis de governo, para que cada um, de modo autônomo, e na medida de suas competências, possa disciplinar os procedimentos de contribuição e gestão tributária, transferências fiscais, composição e dimensão da despesa.

A obtenção de recursos pode decorrer de fontes tributárias ou originárias e a distribuição pode ser realizada diretamente aos entes componentes do sistema estatal ou por meio de transferências constitucionais, legais e convencionais.

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. p 193. São Paulo: Malheiros, 2000.

De fato, no caso específico das transferências fiscais, há que se ressaltar que estas são imprescindíveis para a manutenção do sistema federativo, por preservarem e fortalecerem a autonomia dos entes federados, diante das desigualdades no produto de arrecadação regional.

Entretanto, seria, de todo, absurdo, admitir que os entes arrecadadores do tributo e incumbidos das transferências definissem as políticas orçamentárias que seriam adotadas com a receita repassada, pois tal fato importaria em verdadeira centralização de poder e desconsideração das peculiaridades regionais e locais.

Nas hipóteses de transferência de receita de impostos, que compõem os fundos de participação dos Estados e dos Municípios, é inequívoco que não se pode admitir qualquer vinculação de destinação pelo ente arrecadador, diante da disciplina expressa do artigo 167, IV da Constituição.

Todavia, no que se referem às contribuições sociais, que, por essência, cuidam de espécie tributária com destinação vinculada, os Estados e Municípios não podem dispor, livremente, da receita transferida, já que também devem preservar a finalidade constitucional definida.

Dessa forma, no caso do salário-educação, é defeso admitir que o Estado aplique o produto automaticamente creditado à Secretaria de Estado de Educação em finalidade diversa daquela definida pelo artigo 212, §5º, da CRFB, e da Lei federal que instituiu o tributo, porque, pela natureza da contribuição, está jungido à destinação específica firmada.

Entretanto, isso não significa que a União possa disciplinar, dentre as múltiplas escolhas abrangidas pela vinculação constitucional e legal, qual será a política orçamentária adotada, porque, nesse ponto, há que se respeitar a competência do Estado membro, nos termos do artigo 165, III, da CRFB.

Em outras palavras, se o salário-educação é destinado ao financiamento da educação básica pública (artigo 212, §5º, da CRFB), compreendendo, consoante definição da Lei Federal instituidora do tributo, o financiamento de programas, projetos e ações da educação básica pública (artigo 15, §1º, II, da Lei nº 9.424/1996 e Decreto nº 6.003/06, artigo 9º, inciso II), qualquer aplicação, pelo Estado, nesta finalidade deve ser legitimamente admitida.

Aliás, esse foi exatamente o mote da Lei Estadual nº 5.369, de 08 de janeiro de 2009, que estimou a receita e fixou a despesa do Estado do Rio de Janeiro para o exercício financeiro de 2009, ao prever em seu anexo IV, no demonstrativo da receita da Secretaria de Estado de Educação, que a ação orçamentária 12.306.0152.2421 NUTRIÇÃO ESCOLAR seria respaldada por recurso oriundo da contribuição social denominada salário-educação.

De fato, a autorização legislativa constante da Lei nº 5.369/09 legitimou a atuação desta Secretaria de Estado de Educação, já que ao órgão do Poder Executivo não cabe definir a alocação de recursos orçamentários, mas apenas executar suas missões legais e constitucionais.

Dessa forma, além de não possuir respaldo jurídico razoável o posicionamento do órgão de assessoramento jurídico do FNDE, que, de toda forma, não vincularia a atuação da autarquia, seria flagrantemente contrário ao princípio federativo e à autonomia do Estado, consagrada pelo artigo 18, da CRFB, admitir que a autarquia federal pudesse definir as escolhas político-orçamentárias regionais do Estado do Rio de Janeiro, quando compatíveis com a Constituição da República e com a Legislação Federal instituidora da contribuição social, sobretudo por meio de regulamento ou instrução normativa.

Sobre esse ponto e em adição, não se pode olvidar que a previsão constante do artigo 7º, da Lei nº 9.766/98, ao fixar que a fiscalização da aplicação dos recursos provenientes do salário-educação cabe ao FNDE, na forma do regulamento e das

instruções que forem baixadas para este fim, não pode contemplar restrição não prevista na Constituição, ou em Lei Federal.

Rememore-se que o poder de tributar deve ter fundamento constitucional, com seus traços gerais definidos por Lei Complementar, sendo, de fato, instituído por lei do ente detentor da competência tributária.

Nesse aspecto, é absolutamente contrário ao ordenamento tributário constitucional admitir, por flagrante contrariedade ao princípio da legalidade tributária, conceber a possibilidade de incorporar restrição à aplicação do produto da arrecadação de contribuição social, por meio de regulamento ou instrução de uma autarquia, pois se estaria dando destinação diversa da prevista na Constituição e na Lei instituidora do tributo.

Coadunar com interpretação de que o FNDE, por força da previsão constante do artigo 7º, da Lei nº 9.766/98, poderia definir a aplicação dos recursos do salário-educação, sem que dada restrição conste da Constituição ou de Lei formal, acabaria por aniquilar a compatibilidade do dispositivo com a Constituição.

De fato, ao FNDE deve-se reconhecer apenas a possibilidade de fiscalizar a aplicação dos recursos do salário-educação de acordo com as previsões constantes de lei e, por inexistir vedação legal à aplicação em programas suplementares de alimentação escolar, nenhuma oposição poderia ser manifestada pela autarquia federal.

Portanto, na medida em que só se vedou a aplicação dos recursos do salário-educação ao pagamento de despesas de pessoal, não há como identificar qualquer óbice constitucional e legal ao financiamento de programas de alimentação escolar.

## Conclusão

Diante do exposto, considerando que é obrigação do Estado promover e custear programas suplementares de alimentação escolar e que, de acordo com a Lei orçamentária para o exercício de 2009 não se reservou recurso outro para atendimento da obrigação constitucional citada, além da receita oriunda da contribuição social denominada salário-educação, bem como não se identificou restrição legal à aplicação aventada, é impossível coadunar com o posicionamento do órgão de assessoramento jurídico do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, no sentido de que a alimentação escolar não pode ser respaldada pelas fontes orçamentárias do salário-educação.

Como visto, o entendimento obstativo se baseia no fato de que o produto da arrecadação da contribuição social estaria direcionado ao que determina o artigo 212, da CRFB, tendo em conta que o salário-educação foi disciplinado pelo parágrafo 5º, do mesmo dispositivo, sendo impossível empregar interpretação ao parágrafo dissociada do *caput*, o que conduziria à conclusão de que os recursos só poderiam ser aplicados naquilo que é considerado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação como *Manutenção e Desenvolvimento do Ensino*, o que não abrange programa suplementar de alimentação escolar.

De todo modo, o posicionamento jurídico não possui suporte razoável, na medida em que:

- 1) os artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação apenas disciplinam aquilo que pode ser considerado como manutenção e desenvolvimento do ensino para fins de cumprimento dos percentuais de aplicação da receita resultante de impostos, constante do artigo 212, *caput*, da CRFB;
- 2) se o constituinte e o legislador federal desejassem restringir a aplicação da receita do salário-educação àquilo definido como manutenção e desenvolvimento

do ensino, tal como realizou com os recursos do FUNDEB, por meio do artigo 21, da Lei nº 11.494/2007, não se teria disciplinado que a contribuição social seria destinada aos programas, projetos e ações da educação básica pública, mas expressamente à manutenção e desenvolvimento do ensino;

3) em dezembro de 2006 o legislador federal buscou restringir a aplicação dos recursos do salário-educação em programas de alimentação escolar, por meio do artigo 43, da Medida Provisória nº 339, mas as alterações em espeque não constaram da Lei nº 11.494/2007, originada da conversão da medida provisória nº 339/06, mantendo-se a redação da Lei nº 9.766/98 em sua redação originária, sem nenhum óbice expresso à aplicação das receitas do salário-educação em programas de alimentação escolar;

4) tratando-se de fonte adicional e inexistindo vedação legal expressa, a contribuição social pode igualmente financiar tudo quanto está previsto no artigo 70 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, cujo objetivo vem a ser a manutenção e o desenvolvimento do ensino, mas também custear as despesas previstas no artigo 71, tendo em vista que a Constituição da República e a Lei nº 9.424/96 optaram por autorizar aplicação mais ampla do que a manutenção e desenvolvimento do ensino;

5) os programas suplementares de educação foram definidos como deveres do Estado com a educação, nos termos do artigo 208, VII, da CRFB, sendo, de fato, contrária à Constituição a interpretação de que tal ação não possa ser considerada como programa, projeto e ação da educação básica pública;

6) de acordo com a legislação vigente, só obsteu-se a aplicabilidade dos recursos do salário-educação para o pagamento de pessoal (Lei nº 9.766/98, artigo 7º);

7) as conclusões acima não estão dissociadas do *caput* do artigo 212, da CRFB, tendo em conta que o § 5º, do mesmo dispositivo, não restringe a aplicação da contribuição social do salário educação às despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, mas a define, de forma genérica, como fonte adicional de financiamento da educação básica e, muito ao contrário, o próprio § 4º, do mesmo artigo 212, da CRFB, é expresso ao definir que os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais;

8) por se tratar de uma contribuição social, já não seria possível utilizar os recursos do salário-educação para composição do índice constitucional definido pelo artigo 212, *caput*, da CRFB, e firmar que todos os parágrafos deste artigo devem versar sobre *Manutenção e Desenvolvimento do Ensino* já deveria significar que o constituinte equivocou-se ao prever uma espécie tributária que não se coadunaria com a previsão do *caput*;

9) a definição da política orçamentária estadual compatível com a Constituição da República não pode sofrer interferência dos demais entes federados, quicá de autarquia federal; e

10) a atribuição para fiscalização da aplicação dos recursos do salário-educação conferida ao FNDE deve ser interpretada conforme a constituição, no sentido de que não seria legítimo o estabelecimento de restrição à destinação de receita de contribuição social por meio de regulamento ou instrução, por contrariar o princípio da legalidade tributária.

Assim sendo, não há como identificar óbice constitucional e jurídico para que a Secretaria de Estado de Educação promova a execução dos programas de nutrição escolar com os recursos do salário-educação, desde que não envolvam o pagamento com despesas de pessoal, sobretudo porque não lhe cabe definir a política orçamentária estadual, que foi traçada pela Lei nº 5.369/09, e não reservou recurso outro para que se

fizesse o correspondente custeio da missão constitucional constante do artigo 208, VII, da CRFB.

É o entendimento *sub censura*.

A chefia de gabinete para remessa a Exma. Sra. Secretária de Educação, para encaminhamento a Douta Procuradoria Geral do Estado, em atendimento ao Decreto nº 40.500/07.

Rio de Janeiro, 09 de março de 2009.

**CIRO GRYNBERG**  
Procurador do Estado  
Assessor Jurídico Especial da SEEDUC

### VISTO

**Aprovo** o Parecer n.º 02/2009 – CGRYN/SEEDUC do Procurador do Estado e Assessor Jurídico Especial da Secretaria de Estado de Educação, CIRO GRYNBERG, que concluiu pela possibilidade da aplicação dos recursos advindos da cota-parte estadual da contribuição social denominada salário-educação, como suporte orçamentário e financeiro das despesas com o programa de merenda escolar “2421 – Nutrição Escolar” promovido pela Secretaria de Estado de Educação – SEEDUC.

A controvérsia gira em torno da aplicação, em especial, do art. 212 *caput* e seu § 5º da Constituição Federal de 1988, e dos dispositivos correspondentes da legislação ordinária federal.

Segundo a Assessoria Jurídica do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação), seria inviável a aplicação dos recursos provenientes da contribuição social do salário-educação no custeio de programas de merenda escolar, uma vez que a contribuição em questão (prevista no art. 212 § 5º) estaria estritamente vinculada ao *caput* do art. 212, devendo a contribuição do salário-educação limitar-se às despesas classificáveis – *segundo os artigos art. 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação* (Lei nº 9.394/96) – como de “manutenção e desenvolvimento do ensino”, excluindo-se os programas de alimentação por força da vedação do art. 71, IV da LDB. Além disso, segundo o art. 7º da Lei 9.766/98, caberia ao FNDE definir a aplicação dos recursos provenientes do salário-educação, o que retiraria dos Estados e Municípios a possibilidade de adotar posicionamento diverso.

De outro lado, no entender do parecer ora aprovado, a aplicação em questão seria perfeitamente legal, dentre outros, pelos seguintes motivos:

- A Lei de Diretrizes e Bases da Educação apenas disciplina aquilo que pode ser considerado como “manutenção e desenvolvimento do ensino” *para fins de cumprimento dos percentuais mínimos de aplicação da receita resultantes de “impostos”* constante do art. 212, *caput*, da CRFB/88;
- se o constituinte e o legislador federal desejassem restringir a aplicação da receita do salário-educação àquilo definido como manutenção e desenvolvimento do ensino (tal como efetuado com os recursos previstos no *caput* do art. 212), não teriam estabelecido que a contribuição social seria destinada aos “programas, projetos e ações da educação básica pública”, mas, expressamente, à manutenção



e desenvolvimento do ensino;

- c) quando o Poder Executivo Federal buscou restringir a aplicação dos recursos do salário-educação em programas de alimentação escolar (por meio do art. 43, da Medida Provisória nº 339), foi impedido pelo Legislativo, pois tais alterações não constaram da Lei nº 11.494/2007, originada da conversão da citada medida provisória, mantendo-se a redação originária da Lei nº 9.766/98, sem nenhum óbice exposto à aplicação das receitas do salário-educação em programas de alimentação escolar;
- d) tratando-se de fonte adicional e inexistindo vedação legal expressa, a contribuição social pode, igualmente, financiar tudo quanto está previsto no artigo 70 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, cujo objetivo vem a ser a manutenção e o desenvolvimento do ensino, mas, também, custear as despesas previstas no artigo 71, tendo em vista que a Constituição da República e a Lei nº 9.424/96 optaram por autorizar aplicação mais ampla do que aquela classificada como manutenção e desenvolvimento do ensino;
- e) os programas de alimentação foram expressamente definidos como deveres do Estado com a educação, nos termos do artigo 208, VII, da CRFB, sendo, de fato, contrária à Constituição a interpretação de que tal ação não possa ser considerada como programa, projeto e ação de educação básica pública;
- f) a legislação vigente só teria vedado a aplicação dos recursos do salário-educação para o pagamento de pessoal (Lei nº 9.766/98, art. 7º);
- g) a interpretação do *caput* do art. 212 não pode ser exportada ao seu § 5º que não restringe a aplicação da contribuição social do salário educação às despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, definindo-a, de forma, genérica, como fonte adicional de financiamento da educação básica;
- h) a definição da política orçamentária estadual compatível com a Constituição da República não pode sofrer interferência dos demais entes federados, muito menos de uma autarquia federal; e
- i) a atribuição para fiscalização da aplicação dos recursos do salário-educação conferida ao FNDE deve ser interpretada conforme a Constituição, no sentido de que não seria legítimo o estabelecimento de restrição à destinação de receita de contribuição social por meio de regulamento ou instrução, por contrariar o princípio da legalidade tributária.

Embora o excelente parecer já aborde de forma bastante ampla a questão, é de se mencionar ou enfatizar alguns pontos adicionais que vão ao encontro do entendimento aprovado.

Em primeiro lugar, é preciso destacar – o que é especialmente importante para o gestor – que, como informado pela Secretaria Estadual de Planejamento e Gestão (fls. 30/33), a Lei Orçamentária Anual (Lei n. 5.369/09), já prevê a utilização da *receita* em questão (quota parte estadual do salário educação) com a despesa em questão (nutrição escolar). Ora, isto significa que a *questão objeto da consulta, na verdade, já foi resolvida pelo Poder Legislativo Estadual*, que, portanto, já autorizou, por meio de lei formal, a conduta pretendida. Assim, na verdade, a consulta poderia ter se limitado a indagar se é possível vislumbrar algum vício de inconstitucionalidade no dispositivo em questão, hipótese que o parecer certamente afasta.

Outro ponto que nos parece de suma importância é a existência de expresso comando constitucional no sentido de que a existência de programas suplementares de alimentação constituem dever do estado especificamente com a educação. Mas não é só no dispositivo invocado pelo parecer (art. 208, V) que a Constituição trata do dever do estado em garantir a alimentação para as crianças. Com efeito, o art. 227 da Constituição Federal também estabelece que: “É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar

à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, (...)”

Como afirma LUÍS ROBERTO BARROSO, forte em FRANCESCO FERRARA: “todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição” (Interpretação e aplicação da Constituição, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 123). Assim, se a Constituição atribui determinado *dever* ao Estado e afirma que tal dever deve ser cumprido *não apenas com* “prioridade” – que já seria uma qualificação do dever – mas com “*absoluta prioridade*”; impõe-se ao intérprete e executor da Constituição extrair de tal dispositivo toda a sua força normativa (na linha defendida por Konrad Hesse).

Ora, certamente não será por meio da interpretação pretendida pelo FNDE que os referidos mandamentos constitucionais serão devidamente implementados. E o grave equívoco da interpretação é demonstrado por um último – e não menos importante – argumento. A prevalecer a linha sustentada pelo FNDE a Constituição – *embora tenha estabelecido a garantia de alimentação escolar como dever do estado com a educação, e embora tenha previsto duas fontes de recursos obrigatoriamente destinados à educação* (sendo uma composta por um quarto de toda a receita de impostos) – não autorizaria que nenhum centavo de tais verbas fosse gasta com a alimentação escolar. Ou seja, para atender uma de suas obrigações constitucionais com educação o estado não poderia aplicar nem um centavo das verbas constitucionalmente destinadas à educação.

Em suma, sob qualquer ângulo que se encare a questão objeto da consulta a resposta não poderia ser distinta daquela dada pelo parecer aprovado.

À Secretaria de Estado de Educação.

Rio de Janeiro, 03 de abril de 2009

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS  
Subprocurador-Geral do Estado