

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário
TC 020.079/2018-4.

Natureza: Representação (com pedido de medida cautelar)

Órgão: Ministério da Educação.

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PROVENIENTES DE PRECATÓRIOS RELATIVOS AO FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO (FUNDEF). SUBVINCULAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 22, *CAPUT*, DA LEI 11.494/2007. MATERIALIDADE SUBSTANCIAL. DADA A NATUREZA EXTRAORDINÁRIA DOS RECURSOS OBTIDOS PELA VIA JUDICIAL A SUBVINCULAÇÃO DEVE SER AFASTADA, COMO EXPRESSO NO SUBITEM 9.2.1.2, DO ACÓRDÃO 1.962/2017 – PLENÁRIO. ADOÇÃO DE ENTENDIMENTO DIVERSO POR PARTE DE OUTROS ÓRGÃOS E ENTIDADES ENVOLVIDOS. EXISTÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. PRECATÓRIOS DA COMPLEMENTAÇÃO DO FUNDEF SÃO RECURSOS FEDERAIS O QUE ATRAI A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TCU. EMBORA HAJA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS DEMAIS TRIBUNAIS DE CONTAS, O ARTIGO 26, DA LEI 11.494/2007, ATRIBUI ESPECIALMENTE AO TCU O CONTROLE DESSES RECURSOS. RISCO DE OS ENTES FEDERADOS RECEBEDORES DE TAIS RECURSOS FEDERAIS REALIZAREM DESDE LOGO O RATEIO DE 60% AOS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO COM COMPROMETIMENTO DA EFICÁCIA DE DECISÃO DE MÉRITO DESTA CORTE. *PERICULUM IN MORA*. INEXISTÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA* AO REVERSO. ADOÇÃO DE **MEDIDA CAUTELAR POR MEIO DE DESPACHO. REFERENDO DO PLENÁRIO.**

RELATÓRIO

Adoto como relatório a bem lançada instrução da SecexEducação (peças 31-33), *in verbis*:

“Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, *inaudita altera pars*, de iniciativa desta Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto (SecexEducação), acerca de possíveis irregularidades na aplicação dos recursos provenientes de precatórios relativos ao extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), no tocante à subvinculação prevista no art. 22 da Lei 11.494/2007.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, deve-se registrar que esta Secex possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso VI do art. 237 do RI/TCU.

Além disso, a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, *in fine*, da Resolução – TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato da suposta irregularidade/ilegalidade.

Dessa forma, a representação poderá ser conhecida, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

EXAME SUMÁRIO

Presentes os requisitos de admissibilidade, segue exame sumário acerca do risco para a unidade jurisdicionada, da materialidade e relevância dos fatos noticiados, nos termos do art. 106 da Resolução-TCU 259/2014 e da Portaria-Segecex 12/2016.

Relevância: o volume expressivo de recursos passíveis a serem destinados, via precatórios, a diversos municípios potencialmente beneficiários pode contribuir de forma efetiva para a melhoria da educação básica local e atingimento de metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação.

Materialidade: de acordo com levantamento feito pelo Ministério Público Federal, nos autos da Ação Civil Pública 1999.61.00.050616-0, a condenação da União em relação ao erro na forma de cálculo do valor anual mínimo por aluno (VMAA) no âmbito do Fundef, para fins de complementação da União, no período de 1998 a 2006, pode alcançar um passivo jurídico acima de R\$ 90 bilhões.

Risco: a utilização de recursos dos precatórios do Fundef de forma diversa àquela prevista pela legislação ou em desacordo com princípios constitucionais e legais, caso confirmada, tem potencial de significativo prejuízo à execução da política pública na área da educação,

Dessa forma, observa-se que os fatos noticiados na representação apresentam alta relevância, materialidade e risco, suficientes para o prosseguimento do feito.

EXAME TÉCNICO

Histórico

Nos autos do TC 005.506/2017-4, o TCU apreciou representação contra irregularidades no pagamento de honorários advocatícios com recursos de precatórios aos municípios que fazem jus a diferenças na complementação devida pela União no âmbito do extinto Fundef.

Por meio do Acórdão 1824/2017-TCU-Plenário, o Tribunal decidiu que tais recursos possuem destinação vinculada a despesas relacionadas à manutenção e desenvolvimento da educação básica, firmando entendimento nos seguintes termos, além de determinações a unidades jurisdicionadas (peça 1):

9.2.2. aos recursos provenientes da complementação da União ao Fundef/Fundeb, ainda que oriundos de sentença judicial, devem ser aplicadas as seguintes regras:

9.2.2.1. recolhimento integral à conta bancária do Fundeb, prevista no art. 17 da Lei 11.494/2007, a fim de garantir-lhes a finalidade e a rastreabilidade; e

9.2.2.2. *utilização exclusiva na destinação prevista no art. 21, da Lei 11.494/2007, e na Constituição Federal, no art. 60 do ADCT;*

Em sede de embargos de declaração, de modo a sanear omissão no referido acórdão, em relação ao tema da subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei 11.494/2007, o Ministro-Relator incorporou às razões de decidir o exame da SecexEducação sobre a matéria (peça 5):

(III.1) Subvinculação na aplicação dos recursos do Fundef e utilização dos recursos no exercício financeiro em que forem creditados

101. *Diante da conclusão de que os recursos devidos pela União aos municípios – no âmbito da Ação Civil Pública (ACP) 1999.61.00.050616-0, referente à complementação da União em função do VMAA – devem seguir vinculados à finalidade do Fundef/Fundeb, surge a questão quanto à necessidade de subvinculação na aplicação dos recursos oriundos de tal ACP.*

102. *A subvinculação ora em comento diz respeito ao previsto no art. 7º da Lei 9.424/1996 e cuja a essência foi mantida no art. 22 da Lei 11.494/2007: “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.”*

103. *Consultado a respeito do tema (peça 13), o FNDE se posicionou no sentido de que não cabe, contudo, a prevalência da subvinculação do percentual de 60% do Fundef à remuneração dos profissionais do magistério. Após a exposição de suas razões, apresentou a seguinte conclusão:*

21. *Não se afigura, pois, coerente que, contrariando a legislação de regência e as metas e estratégias previstas no PNE, 60% de um montante exorbitante, que poderia ser destinado à melhoria do sistema de ensino no âmbito de uma determinada municipalidade, seja retido para favorecimento de determinados profissionais, sob pena de incorrer em peremptória desvinculação de uma parcela dos recursos que deveriam ser direcionados à educação. Isto porque a sua destinação aos profissionais do magistério, no caso das verbas de precatórios, configuraria favorecimento pessoal momentâneo, não valorização abrangente e continuada da categoria, fazendo perecer o fundamento utilizado para a subvinculação, de melhoria sustentável nos níveis remuneratórios praticados.*

22. *Nesses termos, considerando-se a finalidade dos preceitos que objetivam a valorização dos profissionais do magistério, as metas e estratégias do Plano Nacional de Educação e, por fim, o risco iminente de enriquecimento sem causa, em vista dos elevados montantes constantes dos precatórios das ações relacionadas ao FUNDEF, não se afigura plausível, s.m.j., à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a subvinculação dos recursos dos precatórios à “remuneração” dos profissionais do magistério. (Peça 15, p.16)*

104. *Nesse sentido, também se posicionou o TCM/BA, por meio da Resolução 1346/2016: “Art. 2º Em estrita obediência ao princípio constitucional da razoabilidade, a proporção prevista no art. 22 da Lei Federal nº 11.494/2007 não se aplica, obrigatoriamente, à utilização dos recursos de que trata o artigo anterior” (peça 7, p. 3).*

105. *Em termos práticos, devido ao expressivo montante a ser recebido pelos municípios, tem-se como real a possibilidade de aumentos totalmente desproporcionais aos profissionais do magistério, havendo inclusive o risco de superação do teto remuneratório constitucional, caso se aplique a literalidade do supracitado normativo. Quando se esvaírem os recursos extraordinariamente recebidos, não poderão os municípios reduzir salários em virtude da irreduzibilidade salarial.*

106. *Cabe registrar, ainda, que qualquer gasto com remuneração dos profissionais do magistério (criação ou expansão), deve obedecer estritamente aos dispositivos da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), especialmente os arts. 15, 16 e 21, no*

sentido que tal despesa deve ser acompanhada de estudos sobre o impacto orçamentário-financeiro e compatibilidade com as leis orçamentárias, inclusive com o plano plurianual.

107. Assim, além dos relevantes argumentos do TCM/BA e do FNDE, é importante ressaltar que se torna impossível a obediência absoluta à tal subvinculação em virtude de os recursos advindos de decisão judicial não representarem um aumento permanente de recursos aos municípios. Assim, caso esses recursos sejam utilizados para o pagamento de pessoal, haverá graves implicações futuras quando exauridas as verbas de origem extraordinária, com potencial comprometimento de diversas disposições constitucionais, tais como a irredutibilidade salarial, e o teto remuneratório constitucional.

108. Nesse mesmo sentido, tem-se que o supramencionado art. 22 da Lei 11.494/2007 estabelece que “recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério”. Desse modo, percebe-se que o normativo incide tão somente sobre os recursos ordinários anuais. Assim, resta prejudicada sua aplicação em casos de montantes extraordinários devido à ausência de continuidade dos recursos recebidos em contraposição à perpetuidade de possíveis aumentos concedidos aos profissionais do magistério.

109. Em linha com tal entendimento, entende-se que a regra existente no art. 21 da Lei 11.494/2007, segundo a qual os recursos do Fundeb “serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados”, deve ser interpretada de forma sistêmica, em conformidade com art. 22, supracitado. Ou seja, em se tratando de recursos extraordinários, que fogem ao correto planejamento municipal, tal regra deve ser flexibilizada, de modo a permitir que os gestores possam definir cronograma de despesas que englobe mais de um exercício.

110. Desse modo, com fulcro no art. 30, I, III e IV, da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb), propõe-se determinar ao MEC que expeça orientação aos municípios interessados no sentido de:

a) utilizarem tais recursos cientes de que, a despeito de os recursos recebidos a título de complementação da União no Fundef, reconhecidos judicialmente, permaneçam com sua aplicação vinculada à educação – conforme determina o art. 60 da ADCT e o art. 21 da Lei 11.494/2007 –, a subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei 11.494/2007 torna-se prejudicada, haja vista que a destinação de 60% dos recursos mencionados para o pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica pode resultar em graves implicações futuras quando exauridos tais recursos, havendo potencial afronta a disposições constitucionais – tais como a irredutibilidade salarial, o teto remuneratório constitucional e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade – e legais, em especial os arts. 15, 16 e 21 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)

O Tribunal apreciou os embargos mediante o Acórdão 1962/2017-TCU-Plenário, decidindo o seguinte (peça 6):

9.2.1.2. a natureza extraordinária dos recursos advindos da complementação da União obtida pela via judicial afasta a subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei 11.494/2007.

Foram interpostos pedidos de reexame contra os itens dos acórdãos proferidos nos autos pela Confederação Nacional dos Servidores e Funcionários Públicos das Fundações, Autarquias e Prefeituras Municipais - CSPM, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará - Sintep, pela Prefeitura Municipal de Gonçalves Dias/MA e pela Federação dos Trabalhadores da Administração e do Serviço Público Municipal do Estado do Maranhão - Fetram.

O Tribunal não conheceu os recursos interpostos por ausência de legitimidade recursal, consoante Acórdão 611/2018-TCU-Plenário.

Divergências envolvendo o tema da subvinculação

A questão da subvinculação dos recursos de precatórios do Fundef ao pagamento de profissionais do magistério ainda apresenta repercussão quanto ao alcance da matéria, mesmo após o proferimento do Acórdão 1962/2017-TCU-Plenário, exarado em 6/9/2017.

O Tribunal de Contas do Estado do Piauí – TCE-PI, em 22/9/2017, decidiu pela distribuição de 60% dos recursos destinados aos municípios piauienses para os profissionais do magistério. Tal informação consta do Portal do TCE-PI, no qual não foram localizadas decisões atualizadas sobre o tema (peça 8):

O relator do processo, Conselheiro substituto Alisson Araújo votou pela aplicação integral dos recursos na área da Educação, com a distribuição de 60% para os profissionais do magistério e 40% para outras despesas.

“Acredito que o Tribunal de Contas não deve se ater a discussão de como deve ser aplicado esses 60%, se para os profissionais que estão atuando ou para os trabalharam na época, pois essa questão deve ser decidida pelo Judiciário” ponderou o conselheiro durante seu relato.

Em seu voto o relator determinou a criação de duas contas vinculadas, uma para o depósito dos 60% que não deve ser movimentado até o pronunciamento judicial sobre a definição da aplicação desse recurso e outra para o depósito e movimentação dos 40.

O Tribunal de Contas do Estado de Alagoas – TCE-AL, em 18/7/2017, ratificou decisões proferidas em processos de representação (peça 9, p. 5):

No entanto, este Tribunal de Contas possui entendimento suficientemente claro, a respeito da natureza jurídica dos recursos oriundos do FUNDEF ser indenizatória. Matéria já amplamente debatida, originando precedentes nesta Corte, a exemplo do TC-14189/2015, TC-2405/2016; TC-8991/2016; TC-9680/2016; TC-9681/2016; TC-8993/2016; TC-9682/2016, no sentido de determinar a aplicação de 25% (vinte e cinco por cento) dos precatórios originados dos recursos do Fundef, exclusivamente à área da educação; 15% (quinze por cento) investidos na área da saúde, bem como o restante dos valores para pagamento dos salários atrasados de seus servidores e fornecedores, e, por fim, a ser utilizado pelo Chefe do Poder Executivo Municipal.

Embora a posição do TCE-AL seja anterior às decisões do TCU, não se verifica modificação de entendimento por parte daquele tribunal.

Observam-se diversas matérias publicadas, após a decisão do TCU, em sites de imprensa ou de outras entidades reportando a atuação de sindicatos pleiteando, judicial ou administrativamente, o rateio dos precatórios entre os professores, logrando em alguns casos a celebração de acordos para o respectivo pagamento:

Em uma audiência no Fórum da cidade, a prefeita Laís Nunes assumiu em juízo o compromisso do repasse da verba, após as reivindicações do Sindicato APEOC. [...] Após o acordo entre APEOC e Prefeitura Municipal, o juiz Ireilton Bezerra determinou que os 40% do precatório do Fundef, que serão destinados à Educação, fossem liberados imediatamente. Os 60% restantes serão repassados aos docentes após a definição dos critérios para recebimento e listagem dos beneficiários. (Página do Sindicato dos Servidores Públicos lotados nas Secretarias de Educação e de Cultura do Estado do Ceará – APEOC, Município de Icó-CE, 3/5/2018, peça 10)

Vale sublinhar que os valores a serem recebidos pelos municípios ostentam nítido caráter indenizatório (não tributário), por constituir ressarcimento, ao Tesouro Municipal, de recursos próprios despendidos em virtude do repasse a menor, pela União.

A alegação de destinação vinculada, em face da redação contida no art. 60 do ADCT e do art. 22 da Lei no 11.494/07, não há como prosperar, porquanto os citados dispositivos referem-se a hipótese de pagamento espontâneo pelo Governo Federal, através de orçamento e despesa

específica, o que não aconteceu no caso dos presentes autos, onde os créditos a serem recebidos pelos municípios possuem regramento próprio (art. 100 da Carta Republicana).

Dessa forma, nota-se que a tese de que os 60% dos precatórios do FUNDEF devem se destinar aos salários dos profissionais do magistério não tem encontrado amparo no STF, TCU, TJPE e TCE/PE (página de escritório de advocacia, 11/5/2018, peça 11)

Muitas prefeituras já fizeram acordo com o Sindicato APEOC e se comprometeram, por meio de uma petição judicial, a destinar 60% do precatório ao pagamento dos docentes, como defende o Sindicato. As prefeituras que insistem em utilizar os recursos em outras finalidades estão sendo alvo de ações judiciais de autoria da APEOC. Em Fortaleza e Maracanaú, por exemplo, o precatório foi bloqueado para garantir o repasse aos professores. (Página do Sindicato APEOC, peça 12)

O Juiz Federal Ciro Benigno Porto titular da 25ª Vara da Justiça Federal em Iguatu determinou ao Município de Acopiara, no centro Sul do Ceará adoção, no prazo de 180 dias das medidas político-administrativas necessárias para, em rigorosa observância às normas financeiras e orçamentárias, aplicar os valores do precatório do Fundef recebido pelo Município na proporção de 60% na remuneração dos profissionais do magistério em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental, e de 40% (quarenta por cento) à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, vedado o emprego das verbas em qualquer outra finalidade. (Site de notícias, 3/3/2018, peça 13)

3.3. A partilha dos valores subvinculados para o magistério (60%) – podendo fazer jus os funcionários da educação à parte do percentual restante (40%) – se tornará medida irrevogável, a partir do momento em que as decisões ou acordos judiciais assim a definirem. No caso dos acordos, os mesmos devem ser realizados entre os Executivos locais e os Sindicatos da categoria, com a consequente homologação da Justiça.

3.4. Acordos sem homologação judicial ou sem a participação do Ministério Público correm o risco de serem anulados futuramente, podendo os profissionais da educação, ora beneficiados, terem que devolver as quantias auferidas. Por outro lado, acordos abaixo do percentual de 60% dificilmente poderão ser revistos caso se consolide a jurisprudência de 60% para o magistério. (Página da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE, 20/12/2017, peça 14)

Rateio dos precatórios do Fundef gera pressão política. [...] Buscamos ouvir juristas para “decifrar o juridiques” da decisão do ministro que a tradução é que o acórdão diz que o gestor não é obrigado a realizar o rateio dos recursos e que não será punido também se o fizer.

Segundo os juristas ouvidos o acórdão do ministro do STF chama atenção para dois fatos: um é com relação a percentuais de um possível rateio. O Acórdão não estabelece que será 60%, caso o gestor decida fazê-lo. Isto deixa uma janela aberta para os percentuais seja de 1% a 100%. Tudo depende do prefeito que deverá conversar com os professores.

O assunto entrou também na pauta política dos candidatos nas eleições desse ano porque veem na ocasião a probabilidade de usar os precatórios como barganha política em troca de apoio político. Os prefeitos por sua vez estão assustados por terem em suas mãos a decisão de realizar o repasse ou não.

Buscamos ouvir alguns prefeitos sobre o assunto e não há um consenso. Parte deles acha que os recursos podem ser repassados, mas os percentuais devem ser negociados. Outros alegam que os professores já receberam esses recursos – quando as prefeituras tiram os recursos do FPM para complementar o Fundef na época e por isso não têm mais direito. Esse defende que o dinheiro seja

investido em obras de recuperação de escolas, aquisição de equipamentos e capacitação dos professores. (Site de notícias, 31/5/2018, peça 15)

A Câmara Municipal de Arapiraca [AL] confirmou ontem a aprovação de requerimento para que o prefeito do município, Rogério Teófilo (PSDB), destine os recursos judiciais do antigo Fundef com base no que determina atualmente o fundo, ou seja, 60% para os professores e 40% para estrutura e manutenção da rede pública de ensino. Aproximadamente R\$ 30 milhões já estão liberados para o município. Caso cumpra a medida mais de 5 mil professores devem ser beneficiados. (Site de notícias, 28/9/2017, peça 16)

Os professores da cidade de São Felipe [BA] se reuniram para ouvir do coordenador-geral da APLB-Sindicato, professor Rui Oliveira, que a Justiça deu ganho de causa à categoria para receber 3 milhões de reais referentes aos Precatórios do Fundef. A decisão foi anunciada pela juíza Marineis Freitas Cerqueira durante a audiência realizada pela manhã. A juíza aceitou o pedido da prefeitura local de que sejam ouvidos os integrantes do corpo contábil municipal para apresentar proposta sobre a forma de pagamento. A juíza marcou nova audiência para 26 de março próximo, para finalizar a questão. (Página da Associação dos Professores Licenciados do Brasil-BA - APLB, 19/2/2018, peça 17)

A Lei que autoriza o rateio foi sancionada pela, Maria Auxiliadora (PR), no dia 03 de abril. O projeto, por sua vez, foi aprovado por unanimidade dos vereadores. Na Lei 559/2018 ficaram ratificados todos os termos do acordo celebrado entre o Município de Aratuba e o SINDIARA - Sindicato dos Servidores Públicos de Aratuba, que objetivou estabelecer normas, regras e procedimentos para o regular uso dos recursos oriundos do precatório PRC143719-CE, nos termos da sentença constante da ação judicial que tramitou na Justiça Federal sob o nº 0807545.66.2017.4.05.8100, 7ª Vara Federal em Fortaleza. (Site de notícias, 12/4/2018, peça 18)

A Prefeita de Canindé [CE], Rozário Ximenes, esteve reunida na manhã de terça-feira, 12, na sede da Câmara dos Dirigentes Lojistas (CDL) de Camocim, acompanhada de vereadores, secretários municipais e servidores públicos do município, para autorizar a Caixa Econômica Federal, a repassar para as contas dos Professores, quase R\$ 30 milhões dos precatórios do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF). (Site de notícias, 13/12/2017, peça 19)

Prefeito de Itabela [BA] decepciona professores ao afirmar não acordo para pagamento do precatório do Fundef. [...] Na coletiva à imprensa nesta quarta-feira (17/01) o prefeito Luciano Francisqueto foi claro ao citar que só vai tomar uma decisão em relação ao valor, 60% destinado ao rateio entre professores mediante uma decisão judicial. Ele deixou claro que vai baixar um decreto para gastar os 40% com o melhoramento, construção e compra de equipamentos das escolas. (Site de notícias, 17/1/2018, peça 20)

O pagamento de parte dos recursos de precatórios para pagamento de professores também é observado em outras matérias (peças 21 e 22).

O Ministério Público Federal tem realizado termos de ajustamento de conduta (TAC) com alguns municípios sobre o uso do recurso dos precatórios do Fundef, seguindo entendimento do TCU. Porém, nota-se também a celebração de termo de modo discordante:

O Ministério Público Federal (MPF) reafirmou, esta semana, o entendimento de que os recursos provenientes dos precatórios do Fundo de Desenvolvimento da Educação Fundamental (Fundef), atual Fundeb, não podem ter 60% destinados para o rateio entre professores.

A decisão derruba a tese dos que defendem que haja o rateio deste percentual e que o restante (40%) seja para investimentos em Educação, como a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e o Sindicato dos Trabalhadores da Educação de Alagoas (Sinteal). [...]

Nos acordos judiciais e nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) firmados pelo MPF com os prefeitos alagoanos, há uma cláusula expressa na qual o município se obriga a não efetuar o rateio, divisão ou repartição dos valores dos precatórios entre os professores. Há exceção apenas em casos em que haja necessidade de pagamento da folha normal e ordinária dos professores da educação básica em efetivo exercício na rede pública. (Site de notícias, 14/6/2018, peça 23)

Um TAC (Termo de Ajuste de Conduta) assinado entre a prefeitura da cidade de Iuiú [BA], no sudoeste da Bahia na microrregião de Guanambi, e o Ministério Público Federal (MPF) serve de referência para a polêmica questão do uso do dinheiro dos precatórios do Fundef, conforme entendimento do órgão fiscalizador. [...] No referido TAC, a prefeitura de Iuiú fica: 1 - Proibida de usar a verba dos precatórios para custar despesas não ligadas a Educação; 2 - Ratear, dividir ou repartir a verba entre profissionais do magistério da Educação Básica em efetivo exercício na rede pública, com o objetivo de atingir o patamar mínimo de 60% previsto na Lei que regulamenta o Fundef; 3 - Em caso de descumprimento do acordo, o prefeito deverá pagar multa de R\$ 1 mil por dia, podendo, ainda, ser responsabilizado nas áreas penal e civil. Caso os recursos sejam utilizados em finalidades diversas de Educação, o gestor deverá ressarcir o erário com recursos próprios. (Site de notícias, 5/3/2018, peça 24)

MPF recomenda prefeito de Altaneira [CE] a ratear recursos do Precatório do Fundef com os professores. O Ministério Público Federal, através do Procurador da República, Rafael Ribeiro Rayol, encaminhou ao prefeito municipal de Altaneira, Dariomar Rodrigues, recomendação para que regulamente no prazo máximo de 60 dias, como se dará a transferência dos valores diretamente aos profissionais do Magistério. (Site de notícias, 8/12/2017, peça 25)

No âmbito da Câmara dos Deputados, foi criada em 2018 Comissão Externa destinada a acompanhar o procedimento de apuração, liberação e aplicação dos recursos referentes às parcelas calculadas de forma equivocada em relação aos valores do Fundef.

Essa comissão externa realizou três audiências públicas recentes, nos dias 28/5, 29/5 e 4/6, para discutir especialmente o tema da subvinculação, com participação de representantes dos seguintes órgãos e entidades (peças 26-28): TCU, MEC (dia 28/5), Secretaria de Educação de Pernambuco, Ministério Público do Estado do Maranhão (dia 29/5), Ministério Público de Contas do Estado de Alagoas, Ministério Público Federal em Alagoas, Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, Confederação Nacional de Municípios – CNM, Undime-MA e Sindicato dos Servidores do Serviço Público Municipal de Igreja Nova/AL (dia 4/6).

Importante destacar as seguintes falas na citada audiência, por refletirem a diversidade de entendimentos sobre o tema da subvinculação:

Eu entendo que nas decisões foi discutida — também nesta audiência — apenas a subvinculação retroativa e não a subvinculação prospectiva. Entendo que a subvinculação retroativa, que os servidores do magistério estão pleiteando, realmente não é devida não só pelos fundamentos já trazidos por FNDE, TCU e MPMA, mas também porque há um entendimento já consolidado em várias instâncias, tanto em Tribunal de Contas quanto no Judiciário, de que recursos do FUNDEF e do FUNDEB não podem ser utilizados para pagar débitos remuneratórios, ainda que sejam de professores, relativos a exercícios anteriores. Esses recursos devem ser utilizados especialmente em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino.

Essa interpretação é muito restrita, é um entendimento, como estou dizendo, da maioria dos Tribunais de Contas, inclusive do Poder Judiciário. Eles já decidiram inclusive por caracterizar improbidade administrativa à destinação de recursos do FUNDEB para pagamento de débitos de remuneração de professores. Então, estou falando aqui da subvinculação retroativa.

Também existe uma questão lógica: nós vemos que a aplicação em manutenção e desenvolvimento do ensino diz respeito ao presente e ao futuro. Não há como fazer essa manutenção de forma pretérita — infelizmente, a oportunidade já passou. Então, a manutenção diz respeito às ações presentes e o desenvolvimento do ensino, às ações presentes com resultados futuros. Infelizmente, não dá para fazer manutenção e desenvolvimento, por impossibilidade temporal, para trás. Isso caracterizaria o desvio da vinculação constitucional.

Porém, eu acho que a subvinculação prospectiva, para o futuro, deve ocorrer. Esse é um posicionamento pessoal. Ela não é vedada pelo entendimento do Tribunal de Contas da União, que vedou a subvinculação retroativa, mas também não é autorizada expressamente. E ela caracteriza sim ação de manutenção e desenvolvimento do ensino, já que a remuneração está lá entre uma das hipóteses do art. 70 da LDB.

Como fazer isso? Esta é uma questão problemática, que a Dra. Niedja me propôs antes da reunião: a operacionalização. Claro, estamos diante de uma situação extraordinária, nenhuma norma jurídica iria contemplar essa hipótese. É preciso uma construção. A que proponho é que, como esses recursos se referem a nove exercícios financeiros, entre 1998 e 2006, até mesmo respeitando o princípio da anualidade, eles sejam distribuídos — claro, repartindo os 60% — e rateados por nove exercícios financeiros seguintes. Isso até prestigiaria o bom uso, o planejamento desses recursos, que não seriam aplicados totalmente em um ou dois exercícios financeiros.

Então, eu acho que essa subvinculação prospectiva é muito cabível, muito pertinente, obedece à subvinculação. Seria feita — como o TCU disse que se deve colocar em conta específica do FUNDEF — a repartição desses 60%, que ficariam em uma conta mais específica ainda, e a utilização nos nove exercícios financeiros para frente. Isso atenderia à anualidade e à capacitação continuada. (Rafael Rodrigues de Alcântara, procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Alagoas, peça 28, p. 7-8)

Com relação à subvinculação, discordo um pouco do colega Rafael. Eu sempre orientei a pagarem todas as verbas atrasadas. Há muitos Municípios que têm verbas atrasadas. Houve esse caso em que o gestor foi embora com o dinheiro e não pagou aos professores. Isso não é razoável. Eles tinham verbas a receber de férias atrasadas, 13°. Como sempre vejo o pessoal reclamar disso, oriento que se pague imediatamente as verbas da Previdência que o Município está devendo a esses profissionais.

Com relação à subvinculação, minha opinião não é que não pode totalmente. Mas como vai se trabalhar com isso? Eu não concordo com a parcela única. Como ficariam os professores da época dos fatos? Digamos que isso é de 10 anos atrás. E aqueles que se aposentaram? Se tiver que se pagar, tem que ser de forma justa. Não se pode deixar aqueles professores do passado de fora. Se tiver que se fazer, que se faça da forma mais justa possível.

Aí, o que encontro são algumas barreiras na própria lei, na própria Constituição. Caso o Município editasse lei disciplinando a repartição dessas verbas aos professores, certamente estaríamos diante de uma lei inconstitucional por violação à irredutibilidade salarial. Por que digo isso? Quando terminarem esses recursos, como o Município vai pagar? E a irredutibilidade salarial que os professores iriam sofrer? Isso poderia dar margem a mais ações judiciais. E, se o Município, ante o seu orçamento, não puder depois continuar pagando isso?

Há uma série de questões sobre as quais devemos nos debruçar. Eu não sou uma pessoa radical, mas também não posso fazer um Termo de Ajustamento de Conduta com os Municípios dizendo: “O senhor dê os 60% para os professores!” Eu disse que tem que ser aplicado, no Termo de Ajustamento de Conduta, integralmente, na educação básica, na manutenção e valorização do magistério.

Há de se entender, portanto, que o propósito do atual FUNDEB é a valorização permanente do magistério por meio de função específica. Dessa forma, quando os recursos dos precatórios são episódicos, eventuais, devem ser utilizados no incremento das condições de ensino e da valorização do magistério, porém, de forma responsável e com respeito à Constituição e às leis orçamentárias. Não havia nenhuma base jurídica para pretender que os 60% dos recursos sejam rateados pelos professores numa parcela única. Eu não vejo como, no ordenamento jurídico, isso possa ser feito. Estamos aqui para discutir. Várias cabeças pensam melhor do que uma.

De acordo com aquele acórdão do TCU, que já foi aqui remetido, soube hoje pelo colega Rafael que aquela Corte já veio aqui e fez uma explanação: qualquer gasto com remuneração dos profissionais do magistério, criação e expansão deve obedecer estritamente ao dispositivo da Lei Complementar no 101, de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente os arts. 15, 16 e 21, no sentido de que tal despesa deve ser acompanhada de estudo sobre o impacto orçamentário e financeiro e a compatibilidade com as leis orçamentárias, inclusive com o Plano Plurianual. Devo estar falando uma língua que os senhores conhecem bem, que é o Orçamento.

*Em resumo, não se está diante de um aumento permanente de recursos aos Municípios. Então, se é recurso que só vem uma vez, como depois o Município vai fazer frente a esses valores? Eu até achei muito pertinente a colocação do colega Rafael com relação à subvinculação prospectiva. Por outro lado, o MPF não se opõe a que essas verbas sejam utilizadas na valorização do magistério, como eu disse, a exemplo de passivos judiciais. **(Niedja Gorete de Almeida Rocha Kasparly, procuradora do Ministério Público Federal em Alagoas, peça 28, p. 12-13)***

*Com relação à subvinculação retroativa, a que V.Exa. disse que os servidores não teriam direito, e à prospectiva de dividir em até 9 anos, eu discordo, com o devido respeito. Minha gente, na minha pouca interpretação do direito, é muito fácil: se a lei diz que 60%, no mínimo, devem ser utilizados para pagamento de professores e se a lei ainda diz que, no final de cada exercício financeiro, no final de cada ano, se houver sobras desses recursos, elas deverão obrigatoriamente ser divididas entre os professores em pleno exercício naquela época, por que não se entender que há a subvinculação? Se esses recursos desse período de 1998 a 2006 tivessem vindo... Se os Municípios pagaram, é porque tinham dinheiro para isso. Se eles deixaram de receber e têm direito, o professor que estava na sala de aula de 1998 a 2006 também tem direito, porque, se o recurso tivesse vindo, teria havido o rateio. Como o recurso veio agora, esses professores têm o direito de receber 60% dele. **(Cidário dos Santos, Presidente do Sindicato dos Servidores do Serviço Público Municipal de Igreja Nova e representante da União dos Vereadores do Estado de Alagoas – UVEA, peça 28, p. 24-25)***

Tanto as decisões do Supremo Tribunal Federal como as decisões dos Tribunais Regionais Federais e as decisões dos Tribunais de Justiça avocam, para fundamentar os seus paradigmas, o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — ADCT, que estabelece que 60% dos recursos serão destinados aos professores. Por que, então, nós vamos utilizar esse montante somente para o que convém aos Municípios e não destinar aos professores? É isso que não consigo entender. Avoca-se o disposto no art. 60 para aplicar o recurso na educação, mas a outra parte do dispositivo, a final, não. Os professores não precisam? É uma incoerência. Perdoem-me, mas é uma incoerência, inclusive das decisões dos Tribunais de Contas, que não são decisões judiciais. [...]

Quando se pega a decisão do Tribunal de Contas da União, Dr. Sérgio, observa-se que 16 páginas falam sobre a vinculação dos honorários, o pagamento de honorários; e 2 páginas e meia

falam sobre a subvinculação do professor. A nota técnica é ilegal, desconsidera o dispositivo do ADCT e só utiliza o que convém. [...]

*Eu também percebo que o próprio Ministério Público Federal, em algumas situações, diverge. Nós temos uma recomendação conjunta do Ministério Público do Estado do Ceará e do Ministério Público Federal que fala sobre subvinculação. O Tribunal de Contas do Piauí regulamentou o uso para subvinculação, a partir do paradigma do art. 60 do ADCT. Dra. Niedja, não sei se a senhora tomou conhecimento, o Ministério Público Federal, no Município de Jatobá do Piauí, deu entrada a uma Ação Civil Pública — ACP para garantir a subvinculação. **(Nivaldo Barbosa, Presidente da Caixa de Assistência dos Advogados da OAB-AL e advogado do Sindicato dos Trabalhadores da Educação de Alagoas, peça 28, p. 30-31)***

Atualmente tramita na Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados proposta de autoria do deputado federal Bacelar (PFC 181/2018) para requerer ao TCU auditoria para garantir “a destinação aos profissionais de magistério, de pelo menos 60% dos valores pagos pela União aos Municípios a título de precatórios do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), conforme disposto no art. 22 da Lei 11.464, de 20 de junho de 2007” (peça 29)

Por fim, destaca-se, por outro lado, o Projeto de Lei 9.932, de 2018, de autoria do deputado federal Arthur Oliveira Maia, apresentado em 3/4/2018, buscando regulamentar a utilização de recursos do Fundef/Fundeb decorrentes de diferenças de complementação devidas pela União (peça 30):

Art. 1º Inclua-se o seguinte artigo 23-A na Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007:

“Art. 23-A. Os recursos decorrentes de eventuais diferenças de complementação da União recebidos em exercício diverso daquele em que originalmente devidos não se sujeitam à subvinculação estabelecida no art. 22 desta Lei.

§1º Quando utilizados no pagamento de remuneração dos profissionais de magistério da educação básica, os recursos do caput deverão ser preferencialmente destinados à quitação de:

I – débitos decorrentes de decisão judicial transitada em julgado anteriormente ao creditamento dos recursos no Fundo; ou

II – débitos previdenciários junto ao Regime Geral de Previdência Social ou ao Regime Próprio de Previdência Social constituídos anteriormente ao creditamento dos recursos no Fundo.

§2º Os recursos de que trata o caput poderão ser utilizados em mais de um exercício, segundo cronograma que privilegie despesas relacionadas ao desenvolvimento da educação. (NR)”

Com base na justificação exposta na proposta, o deputado alinha-se com o entendimento do TCU, manifestando ainda a seguinte interpretação:

É exatamente com esse mesmo propósito, de garantir uma aplicação constitucionalmente responsável dos recursos extraordinariamente transferidos pela União ao FUNDEB, respeitando-se, ao mesmo tempo, a vinculação de receitas à manutenção e desenvolvimento da educação básica e o equilíbrio financeiro-orçamentário dos entes federados, que apresentamos a presente proposição. Com ela, pretendemos explicitar as recomendações já alcançadas pela equipe técnica do TCU no sentido de que as receitas extraordinárias devidas pela União ao FUNDEB não devem sujeitar-se à execução restrita ao mesmo exercício financeiro em que forem creditadas e tampouco devem se submeter à existente subvinculação de destinação de 60% dos recursos à remuneração de pessoal em efetivo exercício, sendo que quando utilizadas no pagamento de remunerações – o que houvermos por bem não vedar, - devem preferencialmente destinar-se à quitação de remunerações

e/ou encargos previdenciários devidos e não pagos referentes a exercícios passados. (Não grifado no original)

Análise

A presente instrução visa avaliar, preliminarmente, a existência dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para fins de concessão de medida cautelar, consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU.

Conforme as ocorrências relatadas nos itens 17-29 desta instrução, observam-se ainda interpretações divergentes acerca do tema da subvinculação dos recursos de precatórios do Fundef, prevista no art. 22 da Lei 11.494/2007:

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.

Ao afastar a subvinculação, nos termos do item 9.2.1.2 do Acórdão 1962/2017-TCU-Plenário, o TCU adotou por fundamento o exame da SecexEducação sobre a matéria, que, em síntese, apresentou os seguintes argumentos:

os recursos dos precatórios do Fundef possuem natureza extraordinária;

o disposto no art. 22 da Lei 11.494/2007 incide sobre recursos ordinários anuais e despesas com remuneração;

a aplicação estrita do referido dispositivo poderia resultar em graves implicações futuras quando exauridos tais recursos, havendo potencial afronta a disposições constitucionais – tais como a irredutibilidade salarial, o teto remuneratório constitucional e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade – e legais, em especial os arts. 15, 16 e 21 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

O Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará – Sintepp impetrou mandado de segurança no STF contra o item 9.2.1.2 do Acórdão 1962/2017-TCU-Plenário (MS 35675 MC/DF). Em decisão monocrática, de 15/5/2018, o Ministro Roberto Barroso indeferiu o pedido de liminar, manifestando entendimento inicial concordante com o TCU (peça 7):

15. Em sede de cognição sumária, os argumentos postos acima [exame da SecexEducação] são relevantes e possuem ampla razoabilidade, o que faz com que não esteja presente, neste momento processual, a probabilidade de existência do direito invocado pelo impetrante. É verdade que, no julgamento das ações civis ordinárias nos 648, 660, 669 e 700, o pleno desta Corte, ao confirmar a condenação da União ao pagamento da diferença do Fundef/Fundeb, manteve a vinculação da receita à educação. Esse fato, todavia, não importa em reconhecer de forma automática que deva ser mantida a subvinculação de 60% para pagamento de remuneração dos profissionais do magistério como requer a impetrante.

16. A probabilidade do direito invocado é esvaziada, principalmente, por conta de dois argumentos. Em primeiro lugar, o art. 22 da Lei no 11.494/2007 faz expressa menção a 60% dos “recursos anuais”, sendo razoável a interpretação que exclui de seu conteúdo recursos eventuais ou extraordinários, como seriam os recursos objeto deste mandado de segurança. Em segundo lugar, a previsão legal expressa é de que os recursos sejam utilizados para o pagamento da “remuneração dos professores no magistério”, não havendo qualquer previsão para a concessão de abono ou qualquer outro favorecimento pessoal momentâneo, e não valorização abrangente e continuada da categoria. (Não grifado no original)

Dessa forma, observa-se entendimento inicial do STF, concordante com o TCU, no sentido de que a situação concreta dos precatórios do Fundef não se enquadra no comando abstrato do dispositivo legal questionado. Destaca-se a desistência do feito pelo sindicato impetrante, apresentada no dia seguinte da decisão monocrática, e homologada pelo Ministro Relator.

Contudo, existem outros aspectos práticos em discussão que podem fugir dos termos do entendimento do TCU firmado no Acórdão 1962/2017-TCU-Plenário, em especial os seguintes pontos:

quanto à interpretação do entendimento firmado no item 9.2.1.2 do mencionado acórdão ao afastar a subvinculação. Há dúvidas se tal entendimento acarreta, como efeito prático, a proibição absoluta de destinação de qualquer parcela dos recursos de precatórios para o pagamento de gastos remuneratórios, ou, por outro lado, se tal entendimento possui efeito mais restrito no sentido de apenas desobrigar o gestor a destinar, necessariamente, pelo menos 60% para gastos remuneratórios, permitindo-o que destine percentuais menores ou até mesmo maiores que o mínimo estabelecido no dispositivo legal. Em outras palavras, as dúvidas surgidas questionam o alcance do comando do TCU acerca da possibilidade ou não de gastos remuneratórios, previstos no inciso I do art. 70 da Lei 9.394/1996, uma vez que o disposto no art. 22 da Lei 11.494/2007 remete-se ao percentual mínimo exigido;

em decorrência do item anterior, quanto à possibilidade de realizar despesas no sentido de:

b.1) complementar, excepcionalmente, o pagamento da folha normal e ordinária dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública, nos casos em que haja frustração de receitas municipais para garantir os pagamentos devidos;

b.2) quitação de passivos - remunerações e encargos previdenciários - devidos e não pagos referentes a exercícios passados, reconhecidos judicial ou administrativamente;

c) quanto ao pagamento de abono de natureza indenizatória, sob o argumento de que a subvinculação consiste em direito dos profissionais do magistério, uma vez que não teriam recebido tais recursos à época do Fundef;

d) quanto ao pagamento sob qualquer forma de rateio entre os profissionais do magistério da educação, a fim de atingir o patamar mínimo de 60% previsto na legislação.

Com base no exposto, verifica-se a presença do pressuposto do *fumus boni iuris*, considerando, portanto, o mencionado precedente do TCU - Acórdão 1962/2017-TCU-Plenário -, tendo por base a diversidade de interpretação sobre a matéria, além do disposto no art. 70 da Lei 9.394/1996, a partir do qual se estabelece as ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública.

A necessidade de manifestação do TCU é reforçada ainda perante decisões do TCE-PI, permitindo a distribuição de 60% dos recursos destinados aos municípios piauienses para os profissionais do magistério, como também do TCE-AL, consentindo com gastos de precatórios com destinação diversa a da educação. Ambas as decisões, ainda em vigor, confrontam o entendimento firmado pelo TCU a respeito da complementação da União no âmbito do Fundef, proferido nos autos do TC 005.506/2017-4.

Sobre essa questão especificamente, importante ponderar que o assunto dos precatórios do Fundef envolve exclusivamente recursos federais. Nesse sentido, além de atrair a competência do TCU (Acórdãos TCU 1824/2017-Plenário, 1962/2017-Plenário, 2584/2014-Plenário, 5684/2014-1ª Câmara), entende-se que essa competência seria precípua frente a outros entendimentos divergentes de outros tribunais de contas.

Embora seja reconhecida, quando houver a complementação da União, a competência concorrente entre o TCU e o Tribunal de Contas do Estado e/ou dos Municípios para fiscalizar a aplicação dos recursos do Fundeb/Fundef, sobressai o fato de que o exame e apreciação da matéria em questão – tratando exclusivamente de recursos federais - resulta em decisões com viés normativo, semelhantes a processos de consulta, conforme o art. 1º, § 2º, da Lei 8.443/92.

Por essa razão, de modo a garantir ainda segurança jurídica aos gestores, deve ser evidenciada a prevalência das decisões do TCU dessa natureza, considerando pertinente, ainda, alertar os entes municipais e estaduais que a não observância dos entendimentos manifestos nos Acórdãos 1824/2017-TCU-Plenário e 1962/2017-TCU-Plenário, bem como nos presentes autos, pode ensejar a responsabilização, pelo Tribunal de Contas da União, dos agentes públicos que lhe derem causa.

Verifica-se igualmente o atendimento ao pressuposto do *periculum in mora*, ressaltado pela urgência de atuação deste Tribunal, uma vez que as divergências de interpretação exigem medidas tempestivas a fim de evitar que os municípios realizem despesas com destinação indevida, podendo acarretar prejuízos ao Fundef/Fundeb, acentuados pelo expressivo valor estimado para o passivo da União quanto à diferença na complementação do Fundo, além de comprometer a eficácia da decisão de mérito que vier a ser proferida pelo Tribunal.

O risco na demora de adoção de medidas concretas também se verifica diante da existência de pressões exercidas por entidades representantes dos profissionais do magistério para que os municípios realizem de imediato gastos voltados à categoria, de legalidade e legitimidade questionáveis, com a obtenção, em alguns casos, de acordos judiciais favoráveis ao pagamento de 60% dos precatórios.

Dessa forma, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, entende-se pela adoção de medida cautelar, *inaudita altera pars*, no sentido de determinar aos entes municipais e estaduais beneficiários de precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do Fundef que se abstenham de utilizar tais recursos no pagamento a profissionais do magistério ou a quaisquer outros servidores públicos, a qualquer título, a exemplo de remuneração, salário, abono ou rateio, até que este Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas.

Ademais, não se vislumbra configurado, neste momento, o *periculum in mora* ao reverso, capaz de trazer prejuízos significativos a terceiros ou ao interesse público. Convém registrar que a adoção de medida cautelar ora proposta amparará os gestores, sobretudo os mais diligentes, frente às pressões de setores interessados no direcionamento da aplicação desses recursos, pois o exame de mérito a ser feito nos presentes autos trará maior segurança jurídica na decisão a respeito da destinação desses valores.

Diante dos riscos relatados nesta instrução e urgência da matéria, não se vislumbra a necessidade de oitiva prévia de órgãos públicos.

Com vistas a garantir maior agilidade e efetividade na comunicação relacionada à medida cautelar, propõe-se determinar ao MEC, respaldado no art. 30, I e III, da Lei 11.494/2007, que, no prazo de 15 dias, utilizando-se dos meios mais eficazes de que dispõe, encaminhe aos estados e municípios que fazem jus a recursos provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do Fundef cópia integral do despacho ou decisão que vier a ser proferido, alertando-os acerca da medida acautelatória emitida nestes autos.

Entende-se pertinente, ainda, a realização de oitiva do MEC, como entidade responsável pelas ações de divulgação de orientações sobre a operacionalização do Fundeb, nos termos do art. 30, III, da Lei 11.494/2007, a fim de obter esclarecimentos e informações adicionais para a compreensão da extensão e profundidade da situação.

CONCLUSÃO

A presente instrução deve ser conhecida como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014.

Entende-se que cabe a adoção de medida cautelar, *inaudita altera pars*, por estarem presentes nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Também não foi configurado, neste momento, o *periculum in mora* ao reverso, capaz de trazer prejuízos significativos a terceiros ou ao interesse público.

Propõe-se determinar ao MEC, com respaldo no art. 30, I e III, da Lei 11.494/2007, que encaminhe aos estados e municípios que fazem jus a recursos provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do Fundef cópia integral do despacho ou decisão que vier a ser proferido, alertando-os acerca da medida acautelatória emitida nestes autos.

Por fim, propõe-se a realização de oitiva do MEC, a fim de obter esclarecimentos e informações adicionais para a compreensão da extensão e profundidade da situação.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

I) **conhecer** da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014;

II) **determinar**, cautelarmente, nos termos do art. 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU, aos entes municipais e estaduais beneficiários de precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União, no âmbito do Fundef, que se abstenham de utilizar tais recursos no pagamento a profissionais do magistério ou a quaisquer outros servidores públicos, a qualquer título, a exemplo de remuneração, salário, abono ou rateio, até que este Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas no presente feito;

III) **alertar** os entes municipais e estaduais referidos no item anterior que a não observância dos entendimentos manifestos nos Acórdãos 1824/2017-TCU-Plenário e 1962/2017-TCU-Plenário, bem como nos presentes autos, pode ensejar a responsabilização, pelo Tribunal de Contas da União, dos agentes públicos que lhe derem causa;

IV) **determinar**, com base no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 e art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Educação (MEC), respaldado no art. 30, I e III, da Lei 11.494/2007, que, no prazo de 15 (quinze) dias, utilizando-se dos meios mais eficazes de que dispõe, encaminhe aos estados e municípios que fazem jus a recursos provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União, no âmbito do Fundef, cópia integral da decisão que vier a ser proferida;

V) **determinar a oitiva**, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, do Ministério da Educação (MEC), e exercendo sua competência estabelecida no art. 30, III, da Lei 11.494/2007, para manifestar-se, no prazo de 15 (quinze) dias, a respeito da possibilidade da utilização de recursos provenientes de precatórios do Fundef para pagamentos de parcelas remuneratórias ordinárias, abonos indenizatórios, rateios ou passivos trabalhistas e previdenciários, além de outras questões que entender pertinentes sobre a matéria tratada nos autos;

VI) **encaminhar cópia** da decisão que vier a ser proferida, bem como da presente instrução ao Ministério da Educação (MEC), a fim de subsidiar as manifestações a serem requeridas;

VI) **encaminhar cópia** da decisão que vier a ser proferida a:

Tribunais de Contas Estaduais de Alagoas, Amazonas, Ceará, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Sergipe, Tocantins bem como aos Tribunais de Contas dos Municípios da Bahia, Goiás e do Pará;

Ministério Público e Ministério Público de Contas dos estados referidos no item anterior;

1ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF);

Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União; e

Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU).”

É o relatório.

VOTO

Trago à apreciação do Plenário, com fundamento no artigo 276, §1º, do RITCU, medida cautelar concedida pelo E. Ministro Walton Alencar Rodrigues, por meio de despacho exarado em 27/6/2018, nos seguintes termos (peça 34):

“Trata-se de representação com pedido de medida cautelar, *inaudita altera parte*, formulada pela SecexEducação acerca de possíveis irregularidades na aplicação dos recursos provenientes de precatórios relativos ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), especialmente quanto à subvinculação prevista no artigo 22, *caput*, da Lei 11.494/2007, *in verbis*:

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.

De início, conheço da representação por preencher os requisitos atinentes à espécie.

A materialidade da questão tratada nos presentes autos é substancial. Levantamento feito pelo Ministério Público Federal, nos autos da Ação Civil Pública 1999.61.00.050616-0, indica que o passivo da União em relação ao erro na forma de cálculo do valor anual mínimo por aluno no âmbito do Fundef, para fins de complementação da União, no período de 1998 a 2006, pode alcançar **R\$ 90 bilhões**.

Por meio do Acórdão 1.824/2017 – Plenário, esta Corte firmou, dentre outros, os seguintes entendimentos:

9.2.2. aos recursos provenientes da complementação da União ao Fundef/Fundeb, ainda que oriundos de sentença judicial, devem ser aplicadas as seguintes regras:

9.2.2.1. recolhimento integral à conta bancária do Fundeb, prevista no art. 17 da Lei 11.494/2007, a fim de garantir-lhes a finalidade e a rastreabilidade; e

9.2.2.2. utilização exclusiva na destinação prevista no art. 21, da Lei 11.494/2007, e na Constituição Federal, no art. 60 do ADCT;

Em sede de embargos de declaração opostos contra essa decisão, o Tribunal proferiu o Acórdão 1.962/2017 – Plenário, esclarecendo aos interessados que:

9.2.1.2. a natureza extraordinária dos recursos advindos da complementação da União obtida pela via judicial afasta a subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei 11.494/2007;

Ocorre que, como bem evidenciado na instrução precedente, há tribunais de contas estaduais adotando entendimento distinto quanto à aplicação desses recursos. Além disso, inúmeras matérias jornalísticas indicam a atuação de sindicatos pleiteando, judicial ou administrativamente, o rateio dos precatórios entre os professores, conseguindo, em alguns casos, a celebração de acordos para o pagamento aos profissionais do magistério.

O Ministério Público Federal vem celebrando termos de ajustamento de conduta (TAC) com alguns municípios seguindo o entendimento do TCU. Entretanto, também se verificou a celebração de TAC adotando entendimento oposto.

As audiências públicas realizadas recentemente em comissão externa da Câmara dos Deputados criada para acompanhar o procedimento de apuração, liberação e aplicação dos recursos referentes às parcelas calculadas de forma indevida no âmbito do Fundef, com a presença de representantes da secretaria do TCU, do Ministério da Educação, do Ministério Público Estadual,

Federal e de Contas, e de outros órgãos e entidades, corroboram a existência de uma pluralidade de entendimentos em relação ao tema da subvinculação.

É preciso reconhecer que a própria redação do subitem 9.2.1.2, do Acórdão 1.962/2017 – Plenário, não deixa claro se seria possível o pagamento aos profissionais do magistério em percentual inferior ao previsto na lei.

Como bem sintetizado pela Secex/Educação, a subvinculação de 60%, prevista no artigo 22, da Lei 11.494/2007, deve ser afastada em razão dos seguintes fundamentos:

- a) *os recursos dos precatórios do Fundef possuem natureza extraordinária;*
- b) *o disposto no art. 22 da Lei 11.494/2007 incide sobre recursos ordinários anuais e despesas com remuneração;*
- c) *a aplicação estrita do referido dispositivo poderia resultar em graves implicações futuras quando exauridos tais recursos, havendo potencial afronta a disposições constitucionais – tais como a irredutibilidade salarial, o teto remuneratório constitucional e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade – e legais, em especial os arts. 15, 16 e 21 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).*

Em sede de mandado de segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal contra o aludido subitem 9.2.1.2 (MS 35675 MC/DF), o E. Ministro Luís Roberto Barroso indeferiu o pedido de liminar, concordando com o entendimento desta Corte de Contas, conforme excerto da decisão:

*15. Em sede de cognição sumária, os argumentos postos acima [do TCU] são relevantes e possuem ampla razoabilidade, o que faz com que não esteja presente, neste momento processual, a probabilidade de existência do direito invocado pelo impetrante. É verdade que, no julgamento das ações civis ordinárias nos 648, 660, 669 e 700, o pleno desta Corte, ao confirmar a condenação da União ao pagamento da diferença do Fundef/Fundeb, manteve a vinculação da receita à educação. **Esse fato, todavia, não importa em reconhecer de forma automática que deva ser mantida a subvinculação de 60% para pagamento de remuneração dos profissionais do magistério como requer a impetrante.***

*16. A probabilidade do direito invocado é esvaziada, principalmente, por conta de dois argumentos. Em primeiro lugar, o art. 22 da Lei no 11.494/2007 faz expressa menção a 60% dos “recursos anuais”, sendo razoável a interpretação que exclui de seu conteúdo recursos eventuais ou extraordinários, como seriam os recursos objeto deste mandado de segurança. Em segundo lugar, a previsão legal expressa é de que os recursos sejam utilizados para o pagamento da “remuneração dos professores no magistério”, **não havendo qualquer previsão para a concessão de abono ou qualquer outro favorecimento pessoal momentâneo, e não valorização abrangente e continuada da categoria.** (original sem grifos).*

Nada mais lógico, pois o simples rateio de montante tão substancial de recursos, recebidos de forma extraordinária, entre os profissionais do magistério, pouco ou nada contribui para a manutenção ou desenvolvimento do ensino e o alcance das metas previstas no Plano Nacional de Educação.

Não há dúvidas, portanto, de que a hipótese ora tratada, de recebimento excepcional de recursos federais, em decorrência de decisão judicial, não se subsume ao previsto no artigo 22, da Lei 11.494/2007, como definido no subitem 9.2.1.2, do Acórdão 1.962/2017 – Plenário.

Não obstante, alguns aspectos práticos remanescem indefinidos. Além da já mencionada dúvida quanto à possibilidade de pagamento aos profissionais do magistério em percentual inferior ao previsto no aludido dispositivo legal, a unidade instrutiva questiona se seria possível utilizar tais recursos para quitação de passivos (remunerações e encargos previdenciários) ou mesmo para a complementação, de forma excepcional, do pagamento da folha normal e ordinária dos profissionais

do magistério em efetivo exercício na rede pública, nos casos em que haja frustração de receitas municipais para garantir os pagamentos devidos.

De todo caso, em um exame perfunctório, característico do juízo quanto à presença dos requisitos autorizadores da concessão de medida cautelar, ante a diversidade de interpretações sobre a matéria, como descrito acima, em especial aquelas em sentido oposto ao definido no subitem 9.2.1.2, do Acórdão 1.962/2017 – Plenário, reputo presente o pressuposto do *fumus boni iuris*.

Neste ponto, é importante destacar que o assunto dos precatórios da complementação do Fundef envolve, **exclusivamente**, recursos federais, o que atrai a competência constitucional do Tribunal de Contas da União.

Embora haja competência fiscalizatória concorrente dos demais tribunais de contas, como esclareceu o subitem 9.2.1.1, do Acórdão 1962/2017 – Plenário, o artigo 26, da Lei 11.494/2007, atribui **especialmente** ao TCU o controle da complementação da União, motivo pelo qual a não observância do entendimento desta Corte, por parte dos gestores estaduais e municipais na utilização desses recursos da complementação, poderá ensejar a responsabilização desses agentes no TCU, ainda que aleguem o amparo de entendimento de outro tribunal de contas.

O pressuposto do *periculum in mora* também está presente ante a possibilidade de os entes federados recebedores de tais recursos federais realizarem, desde logo, o rateio dos recursos (60%) aos professores, o que seria de difícil recuperação e comprometeria a eficácia de decisão de mérito a ser proferida pelo Tribunal.

Ainda quanto a esse aspecto, são notórias as ações em andamento das entidades representantes dos profissionais do magistério para que os municípios realizem, de imediato, gastos voltados à categoria, de legalidade questionável.

Não está presente o *periculum in mora ao reverso*, capaz de causar prejuízo significativo a terceiro ou ao interesse público, sobretudo em razão de sua natureza extraordinária.

Para garantir maior tempestividade e efetividade na comunicação relacionada à medida cautelar, será determinado ao MEC, com base no artigo 30, incisos I e III, da Lei 11.494/2007, que, no prazo de 15 dias, utilizando-se dos meios mais eficazes de que dispõe, encaminhe aos estados e municípios que fazem jus a recursos provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do Fundef cópia integral desta decisão, alertando-os acerca da medida acautelatória emitida nestes autos.

Ante o exposto, acolhendo as conclusões da unidade instrutiva:

I) **determino**, **cautelamente**, nos termos do artigo 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU, aos entes municipais e estaduais beneficiários de precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União, no âmbito do Fundef, que se abstenham de utilizar tais recursos no pagamento a profissionais do magistério ou a quaisquer outros servidores públicos, a qualquer título, a exemplo de remuneração, salário, abono ou rateio, até que este Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas no presente feito;

II) **alerto** os entes municipais e estaduais referidos no item anterior que a não observância dos entendimentos manifestos nos Acórdãos 1824/2017-TCU-Plenário e 1962/2017-TCU-Plenário, bem como nos presentes autos, pode ensejar a responsabilização, pelo Tribunal de Contas da União, dos agentes públicos que lhe derem causa;

III) **determino**, com fundamento nos artigos 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Educação (MEC), que, com base no artigo 30, incisos I e III, da Lei 11.494/2007, no prazo de 15 (quinze) dias, utilizando-se dos meios mais eficazes de que dispõe, encaminhe aos estados e municípios que fazem jus a recursos provenientes da diferença no

cálculo da complementação devida pela União, no âmbito do Fundef, cópia integral da presente decisão, da instrução precedente e dos acórdãos 1824/2017-TCU-Plenário e 1962/2017-TCU-Plenário, acompanhados dos relatórios e votos que os fundamentam;

IV) **determino a oitiva**, nos termos do artigo 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, do Ministério da Educação (MEC), para que, exercendo sua competência estabelecida no artigo 30, inciso III, da Lei 11.494/2007, manifeste-se, no prazo de 15 (quinze) dias, a respeito da possibilidade da utilização de recursos provenientes de precatórios do Fundef para pagamentos de parcelas remuneratórias ordinárias, abonos indenizatórios, rateios ou passivos trabalhistas e previdenciários, além de outras questões que entender pertinentes sobre a matéria tratada nos autos;

V) **determino seja encaminhada cópia** da presente decisão, da instrução precedente e dos acórdãos 1824/2017-TCU-Plenário e 1962/2017-TCU-Plenário, acompanhados dos relatórios e votos que os fundamentam:

- a) ao Ministério da Educação (MEC);
- b) aos Tribunais de Contas Estaduais de Alagoas, Amazonas, Ceará, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Sergipe e Tocantins, bem como aos Tribunais de Contas dos Municípios da Bahia, Goiás e do Pará;
- c) ao Ministério Público e Ministério Público de Contas dos estados referidos no item anterior;
- d) à 1ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF);
- e) ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União; e
- f) ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU).”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 4 de julho de 2018.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Ministro-substituto

ACÓRDÃO Nº 1518/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 020.079/2018-4.
2. Grupo: I – Classe VII – Assunto: Representação (com pedido de medida cautelar).
3. Representante: SecexEducação.
4. Órgão: Ministério da Educação.
5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, em substituição ao Ministro Walton Alencar Rodrigues (Portaria-TCU nº 168, de 28 de junho de 2018).
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade técnica: Secretaria de Controle Externo da Educação.
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela Secretaria de Controle Externo da Educação, noticiando possíveis irregularidades na aplicação dos recursos provenientes de precatórios relativos ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), especialmente quanto à subvinculação prevista no artigo 22, *caput*, da Lei 11.494/2007;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. referendar, com fundamento no artigo 276, §1º, do Regimento Interno/TCU, a medida cautelar adotada por meio do despacho exarado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues à peça 34 destes autos, transcrito no voto condutor deste acórdão, bem como as medidas acessórias determinadas na mencionada decisão;

9.2. encaminhar cópia desta deliberação a todos os órgãos e entidades mencionados no referido despacho.

10. Ata nº 25/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/7/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1518-25/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator), Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral