

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 esgotados 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