

P A R E C E R

Nº 3045/2022

- PE – Poder Executivo. Precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do FUNDEB/FUNDEF. O caráter extraordinário do ingresso dessa verbas justifica o afastamento da subvinculação. ADPF nº 528/STF e art. 5º, parágrafo único da EC nº 114/2021. Considerações.

CONSULTA:

No que tange aos precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do FUNDEB/FUNDEF, indaga o consultante:

"Na oportunidade indagamos se é de direito dos profissionais do magistério, a aplicação de 60% dos recursos auferidos em decorrência da ação ajuizada contra a União, objeto de precatórios, na forma de rateio.

Também, solicitamos manifestar sobre a aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 114/2021 em relação aos precatórios do FUNDEF."

A consulta vem acompanhada de resposta do Secretário Municipal de Educação ao pedido de informações da casa Legislativa.

RESPOSTA:

Inicialmente, para o escoreito deslinde da questão aqui proposta, registramos que o FUNDEB (anteriormente denominado FUNDEF) é um fundo especial, de natureza contábil e de âmbito estadual, formado, na quase totalidade, por recursos provenientes dos impostos e transferências dos Estados, Distrito Federal e Municípios, vinculados à educação por força do disposto no art. 212 da Constituição Federal acima transcrito.

De igual forma, vale registrar que a utilização dos recursos integrantes do FUNDEB deve se dar nas despesas especificadas nos arts. 70 e 71 da Lei nº 9.394/96 (LBD), cujo teor pedimos vênua para novamente transcrever:

"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."

Em prosseguimento, temos que, até a entrada em vigor da EC nº 108/2020 (mais precisamente agosto de 2020), os recursos do FUNDEB eram utilizados na proporção de 60% para pagamento da remuneração do magistério e os 40% restantes utilizado na cobertura das demais despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino.

Com o advento da EC nº 108/2020, alterou-se o percentual mínimo de recursos do FUNDEB que deve ser destinado ao pagamento de profissionais da educação básica em efetivo exercício, aumentado esse percentual de 60% para 70%, conforme disposição do artigo 212-A, XI, *in verbis*:

"Art. 212-A. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 desta Constituição à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais, respeitadas as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020) Regulamento

XI - proporção não inferior a 70% (setenta por cento) de cada fundo referido no inciso I do caput deste artigo, excluídos os recursos de que trata a alínea "c" do inciso V do caput deste artigo, será destinada ao pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício, observado, em relação aos recursos previstos na alínea "b" do inciso V do caput deste artigo, o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) para despesas de capital; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020)".

Na forma do art. 60 do ADCT, compete à União complementar esses fundos quando, em cada estado, município ou Distrito Federal, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

Ocorre, contudo, que entre os anos de 1998 e 2006, a União efetivou a referida complementação de modo insuficiente e esse erro de cálculo levou à judicialização de demandas como a que vislumbramos no caso em tela.

Tal como explicitado pelo Secretário Municipal de Educação em sua resposta ao pedido de informações da Casa Legislativa, nos idos de 2017, o Tribunal de Contas da União - TCU assentou entendimento no sentido de que, tendo em vista o risco que ocasionaria à continuidade dos serviços pertinentes ao ensino público e às finanças municipais, esse alto

montante, a ser recebido de uma só vez pelos entes federados, não precisa seguir a subvinculação, com destinação de 60% para pagamento de professores, percentual que estava previsto no artigo 22 da Lei 11.494/2007, vigente à época.

Nessa esteira, pedimos vênua para transcrição de Acórdão do TCU já transcrito na resposta ao pedido de informações:

"Competência do TCU para fiscalizar a aplicação dos recursos decorrentes de complementação da União ao Fundef e ao Fundeb.

Aos recursos provenientes da complementação da União ao Fundef/Fundeb, ainda que oriundos de sentença judicial, devem ser aplicadas as seguintes regras: recolhimento integral à conta bancária do Fundeb prevista no art. 17 da Lei nº 11.494/2007, a fim de garantir-lhes a finalidade e a rastreabilidade e a utilização exclusiva na destinação prevista no art. 21 da Lei n 11.494/2007 e na Constituição Federal, no art. 60 do ADCT." (Acórdão 1.824/2017 - TCU - Plenário. Ministro Walton Alencar Rodrigues. Julgamento: 23/08/2017).

Em face do entendimento consolidado no âmbito do TCU o PSC ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF perante o STF sob a alegação de que o mesmo viola o direito fundamental à educação, à valorização dos profissionais da educação escolar e ao piso salarial profissional nacional.

No julgamento da referida ADPF nº 528, que se deu no corrente ano, o Rel. Min. Alexandre de Moraes concluiu que o caráter extraordinário desse ingresso via precatórios justifica o afastamento da subvinculação, ante o risco de insustentável aumento salarial dos professores do ensino básico. Vejamos:

"EMENTA: DIREITO À EDUCAÇÃO.
COMPLEMENTAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDEF/FUNDEB.

COMO VERBAS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE DO AFASTAMENTO DA SUBVINCULAÇÃO QUE DETERMINA A APLICAÇÃO DE 60% DOS RECURSOS ANUAIS TOTAIS DOS FUNDOS AO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS COM RECURSOS DO FUNDEF/FUNDEB. CARACTERIZAÇÃO DE DESVIO DE VERBAS CONSTITUCIONALMENTE VINCULADAS À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES. CONSTITUCIONALIDADE DO ACÓRDÃO 1.824/2017 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INCIDÊNCIA DA EC 114/2021. IMPROCEDÊNCIA. 1. A orientação do TCU que afasta a incidência da regra do art. 22 da Lei 11.494/2007 aos recursos de complementação do FUNDEB pagos por meio de precatórios encontra-se em conformidade com os preceitos constitucionais que visam a resguardar o direito à educação e a valorização dos profissionais da educação básica. 2. O caráter extraordinário da complementação dessa verba justifica o afastamento da subvinculação, pois a aplicação do art. 60, XII, do ADCT, c/c art. 22 da Lei 11.494/2007, implicaria em pontual e insustentável aumento salarial dos professores do ensino básico, que, em razão da regra de irredutibilidade salarial, teria como efeito pressionar o orçamento público municipal nos períodos subsequentes - sem o respectivo aporte de novas receitas derivadas de inexistentes precatórios -, acarretando o investimento em salários além do patamar previsto constitucionalmente, em prejuízo de outras ações de ensino a serem financiadas com os mesmos recursos. 3. É inconstitucional o pagamento de honorários advocatícios contratuais com recursos alocados no FUNDEF/FUNDEB, que devem ser utilizados exclusivamente em ações de desenvolvimento e manutenção do ensino. Precedentes. 4. A vinculação constitucional em questão não se aplica aos encargos moratórios que podem servir ao pagamento de honorários advocatícios contratuais devidamente ajustados, pois conforme decidido por essa CORTE, "os juros de mora legais têm natureza

jurídica autônoma em relação à natureza jurídica da verba em atraso" (RE 855091-RG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2021, DJe de 8/4/2021). 5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada IMPROCEDENTE."(STF. ADPF nº 528. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 21/03/2022. Publicação: 22/04/2022). (Grifos nossos).

Assentadas essas premissas, segundo o STF, temos que os valores oriundos de precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do FUNDEB/FUNDEF não estão jungidos ao percentual de 60% do art. 212-A, XI, da Constituição Federal (percentual aplicado nos idos de 1998 a 2006, anteriormente à EC nº 108/2020).

Há de se observar, outrossim, que entre o ajuizamento da ADPF nº 528 e sua decisão, entrou em vigor a EC nº 114/2021, cujo art. 5º, parágrafo único dispõe da seguinte forma:

"Art. 5º As receitas que os Estados e os Municípios receberem a título de pagamentos da União por força de ações judiciais que tenham por objeto a complementação de parcela desta no Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) deverão ser aplicadas na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização de seu magistério, conforme destinação originária do Fundo.

Parágrafo único. Da aplicação de que trata o caput deste artigo, no mínimo 60% (sessenta por cento) deverão ser repassados aos profissionais do magistério, inclusive aposentados e pensionistas, na forma de abono, vedada a incorporação na remuneração, na aposentadoria ou na pensão." (Grifos nossos).

Desta forma, o deslinde da questão que ora se impõe exige a conciliação do dispositivo acima transcrito com o entendimento esposado

pelo TCU (Acórdão nº 1824/2017) que foi reconhecido constitucional pelo STF no julgamento da ADPF nº 528.

No sentido desse esforço hermenêutico, o Ministério Público Federal editou a Nota Técnica nº 02/2022-GTI FUNDEF/FUNDEB-1ªCCR/MPF promovendo situações distintas a partir do marco temporal da entrada em vigor da Ec nº 114/2021 e a entrada em vigor do art. 7º da Lei nº 14.057/2021:

"1. O ente público recebeu os precatórios após 17 de dezembro de 2021, data em que promulgada a Emenda Constitucional n.º 114/2021: a eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas constitucionais, aliada à presunção de constitucionalidade, conferem ao abono constitucional extraordinário a natureza de direito líquido e certo, a exigir correção judicial caso não adimplido, devendo haver a destinação do montante de 60% (sessenta por cento) do recurso para pagamento da verba pecuniária para profissionais do magistério, ativos, inativos e respectivos pensionistas.

2. O ente público recebeu os precatórios após 26 de março de 2021, data em que promulgado o parágrafo único do art. 7º da Lei n.º14.057/2020, porém antes da Emenda Constitucional n.º 114/2021, de 17 de dezembro de 2021: 2.1. Caso não tenham sido objeto de acordo entre estado ou município e a União, a obrigação de subvinculação para o pagamento de abono alcança apenas os saldos remanescentes dos precatórios ainda não utilizados, não incidindo em relação aos valores já despendidos pelo Poder Público na manutenção e desenvolvimento de ensino, devendo o abono se sujeitar, independentemente de terem sido objeto de acordos ou de sentença, às disposições do parágrafo único do artigo 7º da Lei 14.057/2020; 2.2. A regulamentação do pagamento do abono previsto no parágrafo único do art. 7º da Lei 14.057/2020 deve ser produzida pelos estados e municípios beneficiários dos precatórios do Fundef, que são os responsáveis por processar tal pagamento e suprimir eventuais lacunas da

lei federal levando em consideração as normas e necessidades específicas da localidade em matéria educacional.

3. O ente público recebeu os precatórios antes da promulgação do parágrafo único do art. 7º da Lei n.º 14.057/2020, não possuindo saldo em conta: a obrigação de destinar pelo menos 60% dos referidos recursos do Fundef a profissionais do magistério ativos, inativos e pensionistas do ente público credor, na forma de abono, nos moldes estabelecidos pelo parágrafo único do artigo 7º da Lei 14.057/2020, não retroage para alcançar os recursos já despendidos pelos entes federativos beneficiários antes da vigência do citado dispositivo legal, em 26/3/2021, diante da garantia irretroatividade da lei como regra e da proteção constitucional ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CRFB, e art. 6º da LINDB). Portanto, não há fundamento jurídico que justifique exigir dos Estados e Municípios que destinem pelo menos sessenta por cento dos recursos aos profissionais de magistério, na forma de abono, encontrando-se a questão na opção do ente público.

4. O ente público recebeu os precatórios antes da promulgação do parágrafo único do art. 7º da Lei n.º 14.057/2020, desde que possua saldo em conta: em vista ao princípio da igualdade, é possível aplicar a subvinculação aos recursos ainda remanescentes, ou bloqueados, admitida a destinação de 60% desse saldo a profissionais do magistério ativos, inativos e pensionistas do ente público credor, sob a forma de abono e mediante lei do referido ente. 4.1. Caso haja conflito com decisão judicial ou com Compromisso de Ajustamento de Conduta, admite-se nova composição entre os litigantes, com posterior homologação judicial, ou mediante Termo Aditivo ao TAC firmado, a fim de contemplar a destinação de 60% dos recursos remanescentes a profissionais do magistério ativos, inativos e pensionistas." (Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/al/arquivos/2022/nota-tecnica-alcance-da-ec-114>. Acesso em: 19 de outubro de 2022).

Dentro do contexto apresentado, somente existe direito subjetivo para os profissionais do magistério se a municipalidade recebeu os precatórios após 17 de dezembro de 2021, data em que promulgada a Emenda Constitucional n.º 114/2021 ou na hipótese de recursos ainda não utilizados após o advento da EC n.º 114/2021 cujos precatórios tenham sido recebidos após a vigência do art. 7º da Lei n.º 14.057/2021 desde que a municipalidade não tenha entabulado acordo diverso com a União.

Isto posto, concluímos objetivamente a presente consulta na forma das razões exaradas.

É o parecer, s.m.j.

Priscila Oquioni Souto
Assessora Jurídica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2022.