

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE OLIVEIRA DOS BREJINHOS

PROCESSO Nº 00340e22

PARECER Nº 00140-22

CONSULTA. PRECATÓRIOS DO FUNDEF/FUNDEB. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 114/2021. EFEITO EX NUNC. VALORES RECEBIDOS ANTES DA PUBLICAÇÃO DA EC Nº 114/2021. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE RATEIO A PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO.

1) A regra do parágrafo único do art. 5º da Emenda Constitucional nº 114/2021 tem efeitos ex nunc e restringe-se aos recursos pagos pela União por força de ações judiciais que tenham por objeto a complementação de parcela desta no FUNDEF/FUNDEB, a partir de 17 de dezembro de 2021, não se aplicando, portanto, aos precatórios já pagos antes da inauguração do novo regramento no ordenamento jurídico pátrio.

2) Não é possível a utilização de recursos de precatórios do FUNDEF/FUNDEB recebidos pelo Município em 2019, para fins de pagamento de rateio a profissionais do magistério, devendo, por consequência, serem utilizados apenas com as ações relacionadas à manutenção e desenvolvimento do ensino básico, não incluindo a remuneração do pessoal docente e dos demais profissionais da educação, nos moldes do entendimento consolidado à época por esta Corte de Contas e pelo C. TCU.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE OLIVEIRA DOS BREJINHOS**, Sr. Silvando Brito Santos, encaminha expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 00340e22, relata que:

O município de Oliveira dos Brejinhos do ano de 2019 recebeu a título de verba de precatório do FUNDEF o valor aproximadamente de R\$: 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais). O recurso encontra-se disponível na conta do município.

Foi promulgada a Emenda Constitucional nº 114/2021 sobre a aplicação do recurso. Ocorre que a Lei apresenta dúvidas sobre à aplicação.

Dessa forma, o gestor encontra-se em condição de insegurança frente à condução do presente recurso, haja vista que Lei comporta entendimentos divergentes.

Com base em tais considerações, solicita:

Diante de tudo exposto, com o objetivo de tomar uma decisão definitiva e segura, o poder executivo municipal, consulta este órgão ministerial, no tocante a aplicabilidade da Emenda Constitucional 114/2021.

De início, é oportuno esclarecer que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, por força do art. 3º, §4º, da Resolução TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados **sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado, notadamente sobre a situação do município de Oliveira dos Brejinhos.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento discordante sobre o assunto ora tratado.

Dito isso, é oportuno pontuar que dos termos em que a Consulta foi redigida depreende-se que a dúvida do Consulente perpassa sobre a possibilidade da utilização para fins de rateio para os profissionais do magistério, dos recursos auferidos pelos Municípios, em decorrência de ações movidas contra a União, para ressarcimento de valores repassados a menor pelo extinto FUNDEF/FUNDEB, diante da edição da recente Emenda Constitucional nº 114/2021, situação que, a primeira vista, parece não se enquadrar na hipótese que envolve valores recebidos a título de precatórios do FUNDEF/FUNDEB no bojo dos acordos a que se refere a Lei nº 14.057/2020.

Sendo assim, é com base nesse contexto fático, envolvendo a aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 114/2021 em face de precatórios percebidos em período anterior a promulgação da referida alteração constitucional e dissociados da Lei nº 14057/2020, que serão traçadas as orientações e analisada a dúvida suscitada no presente expediente.

A princípio, com relação aos recursos auferidos pelos Municípios em decorrência de ações movidas contra a União para ressarcimento de valores repassados a menor pelo FUNDEF/FUNDEB, o entendimento sedimentado, tanto no âmbito do Tribunal de Contas da União, quanto nesta Corte de Contas, anteriormente à publicação do parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 14.057/2020 (antes vetado) e da Emenda Constitucional nº 114/2021, é no sentido da impossibilidade de utilização de tais verbas para fins remuneratórios, inclusive pagamento de rateio aos profissionais de educação, conforme se demonstrará ao longo do presente opinativo.

Destarte, em que pese a remuneração do pessoal docente e dos demais profissionais da educação esteja elencada, no art. 70 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, como ação de manutenção e desenvolvimento do ensino, o entendimento sustentado pelo C. Tribunal de Contas da União, nos autos do Acórdão nº 2.866/2018, Relator Walton Alencar Rodrigues, ao qual se filia esta Corte de Contas, é que, em razão da natureza extraordinária da verba, não deve ser utilizada para pagamento de tal espécie de despesa.

Nesse sentido, insta trazer a lume a jurisprudência do C. TCU acima mencionada:

“REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PROVENIENTES DE PRECATÓRIOS RELATIVOS À COMPLEMENTAÇÃO DO FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO (FUNDEF). NATUREZA EXTRAORDINÁRIA DOS RECURSOS. AFASTAMENTO DA SUBVINCULAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 22, *CAPUT*, DA LEI 11.494/2007. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA OBSTANDO A UTILIZAÇÃO DE TAIS RECURSOS PARA O PAGAMENTO DE PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO A QUALQUER TÍTULO. OITIVA DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. CONFIRMAÇÃO DA CAUTELAR. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÕES.

1. Os recursos recebidos a título de complementação da União no Fundef, reconhecidos judicialmente, além de não estarem submetidos à subvinculação de 60% prevista no artigo 22, da Lei 11.494/2007, não podem ser utilizados para pagamentos de rateios, abonos indenizatórios, passivos trabalhistas ou previdenciários, remunerações ordinárias ou outras denominações de mesma natureza, aos profissionais da educação.

2. Os entes federados beneficiários devem, previamente à utilização dos valores, elaborar plano de aplicação dos recursos compatível com a presente deliberação, o Plano Nacional de Educação, os objetivos básicos das instituições educacionais e os respectivos planos estaduais e municipais de educação, dando-lhe ampla divulgação.” (grifos adotados)

Quanto à aplicação limitada à manutenção e desenvolvimento do ensino básico, o E. Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Civil Ordinária (ACO/BA) nº 648, assim se posicionou:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, que redigirá o acórdão, julgou parcialmente procedente a ação, para condenar a parte Ré ao pagamento indenizatório da diferença entre os valores de complementação devidos orçados com fundamento no Decreto 2.264/1997 e na fórmula de cálculo apresentada pela parte Autora, durante os exercícios financeiros de 1998 a 2007, mantida a vinculação da receita, mesmo em caráter destinatário, à educação, e, como consectários legais, determinou a incidência dos índices de atualização monetária e juros moratórios os fixados no Manual de Cálculos da Justiça Federal (atual Resolução 267 de 2013 do Conselho da Justiça Federal), sobre as parcelas até 2009, a partir de quando o débito deve ser corrigido nos termos do artigo 1º-F da Lei 9.494/97 (com a redação da Lei 11.960/09), honorários advocatícios deverão ser fixados após a realização do cálculo aritmético, pro força do inciso II do §4º do art. 85, CPC, (a partir dos elementos fixados nesta decisão, observando as regras próprias de fixação de honorários em face da Fazenda Pública - art. 85, §3º a 7º, CPC/15), com pagamento de custas na forma da lei e da Resolução n. 581/2016 do STF. Ademais, o Tribunal fixou o seguinte entendimento: 1 - O valor da complementação da União ao FUNDEF deve ser calculado com base no valor mínimo nacional por aluno extraído da média nacional; 2 - A complementação ao FUNDEF realizada a partir do valor mínimo anual por aluno fixada em desacordo com a média nacional impõe à União o dever de suplementação de recursos, mantida a vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino. (...) Plenário, 6.9.2017.” (grifos aditados)

Feitas tais considerações, importante acrescentar, com relação aos créditos decorrentes de precatórios, oriundos de diferenças das transferências do FUNDEF ou FUNDEB de exercícios anteriores, que esta Corte de Contas, diante da complexidade que reveste os assuntos relacionados com tais valores e no intuito de dirimir diversas dúvidas dos Jurisdicionados, bem como de orientar os seus técnicos e servidores, aprovou a Resolução nº 1.346/2016, alterada pelas Resoluções nº 1.360/2017 e nº 1.387/2019, disciplinando a sua contabilização e aplicação pelos Municípios.

O artigo 1º, caput, da supracitada Resolução nº 1.346/2016, alterada pelas Resoluções nº 1.360/2017 e nº 1.387/2019, disciplina que:

“**Art. 1º.** Os recursos recebidos em decorrência de ação ajuizada contra a União, objeto de precatórios, em virtude de insuficiência dos depósitos do FUNDEF ou FUNDEB, referentes a exercícios anteriores, somente poderão ser aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino básico, em conformidade com o disposto nas Leis Federais nº 9.394/1996 e 11.494/2007, vedada a utilização para pagamento de remuneração dos profissionais da educação, não se aplicando a tais recursos a vinculação prevista no art. 22 da Lei nº 11.494/2007 e, no que diz respeito à remuneração, o inciso I do art. 70, da Lei nº 9.394/1996.

(...)” (destaques no original e aditados)

Infere-se, pois, que a utilização, pelo Gestor, dos recursos auferidos em decorrência de ação ajuizada contra a União, tendo em vista a insuficiência dos depósitos do FUNDEF ou FUNDEB, objeto de precatórios, deve ter sua aplicação limitada à manutenção e desenvolvimento do ensino básico (à exceção da remuneração do pessoal docente e demais profissionais da educação), não se aplicando a vinculação prevista no artigo 26 da Lei nº 14.113/2020.

No particular, o artigo 2º da mencionada Resolução nº 1.346/2016 deste Tribunal textualmente vedava tal pagamento, como se observa:

“Art. 2º. Os recursos de que trata esta Resolução não poderão ser aplicados para o pagamento de:

I – rateios, abonos indenizatórios, passivos trabalhistas ou previdenciários;

II – remuneração e respectivos encargos sociais dos profissionais de educação;

III – despesas de pessoal referentes a contratos de terceirização de mão de obra concernentes a substituição de servidores e empregados públicos, conforme art. 18, § 1º, da LRF;

IV - outras verbas com denominações da mesma natureza aos contidos nos incisos I e II ou que, após exame da documentação respectiva pelo Tribunal de Contas dos Municípios, se revelarem sem amparo da legislação pertinente.” (grifos aditados)

Prestados tais esclarecimentos, é importante pontuar que em 17 de dezembro de 2021, foi publicada a Emenda Constitucional nº 114/2021, que em seu artigo 5º, parágrafo único, disciplinou o seguinte:

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.

Da leitura do artigo acima reproduzido, depreende-se que, pelo menos, 60% (sessenta por cento) dos valores recebidos a título de precatórios do FUNDEF/FUNDEB, a que se refere a Emenda Constitucional nº 114/2021, poderão ser pagos aos profissionais do magistério, englobando os ativos, inativos e pensionistas do Ente Público credor, na forma de abono, sem que haja incorporação à remuneração dos referidos servidores.

Sobre a sua aplicabilidade, veja-se que o artigo 8º da Emenda Constitucional nº 114/2021 fixa expressamente que:

“Art. 8º Esta Emenda Constitucional entra em vigor:

I - a partir de 2022, para a alteração do § 5º do art. 100 da Constituição Federal, constante do art. 1º desta Emenda Constitucional;

II - na data de sua publicação, para os demais dispositivos.” (grifos aditados)

Nesta senda, afirma-se que a regra do parágrafo único do art. 5º da Emenda Constitucional nº 114/2021 tem efeitos *ex nunc* e restringe-se aos recursos pagos pela União por força de ações judiciais que tenham por objeto a complementação de parcela desta no FUNDEF/FUNDEB, a partir de 17 de dezembro de 2021, não se aplicando, portanto, aos precatórios já pagos antes da inauguração do novo regramento no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, no caso de recursos oriundos de precatórios do FUNDEF/FUNDEB, auferidos pelos Municípios até 16 de dezembro 2021, não há que se falar em aplicação da regra inserta no artigo 5º, parágrafo único da Emenda Constitucional nº 114/2021, tendo em vista os efeitos *ex nunc* conferidos pelo Legislador à norma.

Para corroborar o entendimento aqui esposado, importante trazer à baila o trecho da Nota Técnica 01/2022, expedida pela Confederação Nacional de Municípios, abaixo extratado:

“(…)

Extrai-se do enunciado normativo que os recursos oriundos de precatórios do Fundef que ingressarem nos cofres municipais a partir da publicação da EC 114/2021, qual seja, 17/12/2021, deverão ser repassados na ordem de 60%, na forma de abono, aos profissionais do magistério, inclusive aposentados e pensionistas e 40% em outras despesas com manutenção e desenvolvimento do

ensino. Importante salientar que não importa a data da propositura da ação e sim o ingresso dos recursos no erário municipal como efetiva receita pública, assim, não há que se falar, salvo melhor juízo, em retroatividade para atingir aqueles recursos já depositados nas contas do município em data anterior a 17/12/2021.

(...)” (grifos aditados)

No mesmo sentido, esta unidade jurídica já se pronunciou nas Consultas TCM nºs 00148e22 e 00200e22, que tratou sobre mesma temática.

Assim, não é possível a utilização de recursos de precatórios do FUNDEF/FUNDEB recebidos pelo Município em 2019, para fins de pagamento de rateio a profissionais do magistério, devendo, por consequência, serem utilizados apenas com as ações relacionadas à manutenção e desenvolvimento do ensino básico, não incluindo a remuneração do pessoal docente e dos demais profissionais da educação, nos moldes do entendimento consolidado à época por esta Corte de Contas e pelo C. TCU.

Saliente-se, por oportuno que, caso seja detectado que houve destinação ou aplicação destes recursos dissociadas dos fins dispostos nas Leis nº 9.394/1996 e nº 14.113/2020, o ato do Gestor deve ser objeto de consignação pela Inspeção Regional de Controle Externo – IRCE, no Relatório Mensal - RM de fiscalização da respectiva Prefeitura, sem prejuízo da eventual lavratura de Termo de Ocorrência - TOC, devidamente instruído com a documentação que evidencie a suposta irregularidade praticada, para fins de apuração de responsabilidade do Gestor.

Vejamos o quanto dispõem os artigos 4º e 7º da Resolução nº 1.346/2016, alterada pelas Resoluções nº 1.360/2017 e nº 1.387/2019, *in verbis*:

“Art. 4º Qualquer outra destinação ou aplicação não prevista em lei para os recursos especificados no art. 1º desta Resolução, salvo por determinação judicial, transitada em julgado, deverá ser objeto de consignação pela Inspeção Regional de Controle Externo - IRCE no Relatório Mensal (RM) de fiscalização da respectiva Prefeitura, sem prejuízo da eventual lavratura de Termo de Ocorrência - TOC, devidamente instruído com a documentação que evidencie a suposta irregularidade praticada, para fins de apuração de responsabilidade do Gestor.

Parágrafo único. Em decorrência do acompanhamento e fiscalização mensal, a respectiva Cientificação Anual (CA) da Prefeitura deverá retratar, em tópico próprio, os montantes de recursos eventualmente aplicados em desconformidade com a lei e as orientações desta Resolução, para as possíveis repercussões na respectiva prestação de contas anual do Gestor Público.” (destaques no original)

“**Art. 7º** Eventuais aplicações previstas ou contratadas pelos Gestores Públicos com base nos recursos especificados no art. 1º que refujam às orientações estabelecidas por esta Resolução, deverão ser imediatamente suspensas, salvo se decorrentes de decisões judiciais, expressas e específicas, transitadas em julgado.” (destaques no original)

Não obstante as notificações endereçadas ao Gestor pelas supostas irregularidades cometidas na execução dos recursos sob análise, no exame mensal efetuado pela Inspeção Regional, tal fato poderá influenciar no mérito das suas Contas, além de também ensejar oferecimento de representação ao Ministério Público Federal - MPF, para apuração de eventual ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10 da recentemente modificada Lei nº 8.429/1992.

É o quanto dispõe o artigo 8º da Resolução nº 1.346/2016, alterada pelas Resoluções nº 1.360/2017 e nº 1.387/2019:

“**Art. 8º** Sem prejuízo das sanções legais e da aplicação de multa, conforme previsão na legislação desta Corte de Contas, o descumprimento, pelo Gestor Público, das orientações estabelecidas nesta Resolução, ensejará o oferecimento de representação ao Ministério Público Federal - MPF para apuração de eventual ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, da Lei Federal nº 8.429/1992.” (destaque no original)

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

1) A regra do parágrafo único do art. 5º da Emenda Constitucional nº 114/2021 tem efeitos *ex nunc* e restringe-se aos recursos pagos pela União por força de ações judiciais que tenham por objeto a complementação de parcela desta no FUNDEF/FUNDEB, a partir de 17 de dezembro de 2021, não se aplicando, portanto, aos precatórios já pagos antes da inauguração do novo regramento no ordenamento jurídico pátrio.

2) Não é possível a utilização de recursos de precatórios do FUNDEF/FUNDEB recebidos pelo Município em 2019, para fins de pagamento de rateio a profissionais do magistério, devendo, por consequência, serem utilizados apenas com as ações relacionadas à manutenção e desenvolvimento do ensino básico, não incluindo a remuneração do pessoal docente e dos demais profissionais da educação, nos moldes do entendimento consolidado à época por esta Corte de Contas e pelo C. TCU.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, formulada de acordo com as normas vigentes à época deste Parecer.

É o parecer. À consideração superior.

Em, 31 de janeiro de 2022.

Tâmara Braga Portela
Assessora Jurídica