



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. JOSÉ AURÉLIO DA CRUZ

APELAÇÃO CÍVEL nº 0000348-97.2012.815.0941

Relator: Des. José Aurélio da Cruz

Apelante: Cícera Edivânia Gabriel Sousa

Advogado: Damião Guimarães Leite

Apelada: Município de Imaculada

Advogado: Vilson Lacerda Brasileiro

DECISÃO MONOCRÁTICA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA – PROFESSORA MUNICIPAL - RATEIO DAS SOBRAS DO FUNDEB DECORRENTES DE AJUSTE FINANCEIRO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA – REJEIÇÃO – MÉRITO - INEXISTÊNCIA DE LEI LOCAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LIMITADA PELO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DO PAGAMENTO – ENTENDIMENTO SUMULADO DESTA CORTE – APLICAÇÃO DO ART. 557, DO CPC - SEGUIMENTO NEGADO.

- O Magistrado pode julgar com fundamento diverso daquele apresentado pelas partes, assim como explicita o brocardo jurídico “*da mihi factum, dabo tibi jus*”.

- Súmula nº 45 do TJPB - O rateio das sobras dos recursos do FUNDEB fica condicionado à existência de lei municipal regulamentado a matéria.

Vistos, etc.

Trata-se de apelação cível interposta por Cícera Edivânia Gabriel Sousa contra sentença que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c cobrança por ela ajuizada em face do Município de Imaculada, julgou improcedentes os pedidos.

Suscita a apelante, preliminarmente, o julgamento *extra petita*. No mérito, alega que seu intento é receber o rateio dos recursos do FUNDEB repassados por meio de ajuste financeiro firmado com a União em abril de 2011.

Notícia que, segundo o art. 22, da Lei nº 11.494/2007, pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos acima mencionados deveriam ser destinados ao magistério, fazendo, por isso, jus ao recebimento de parte desse percentual, já que exerce o cargo de professora na municipalidade demandada.

Fala, ainda, sobre a desnecessidade de existência de lei para regular o rateio perseguido, bem como acerca da ausência de provas extintivas ou modificativas de seu direito.

O recorrido apresentou contrarrazões, rechaçando a tese recursal e pugnando pela manutenção do *decisum*.

Nesta instância, o *Parquet* Estadual opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

DECIDO.

De início, aprecio a preliminar referente à ocorrência de julgamento *extra petita*, em razão da utilização, na sentença, de fundamento jurídico não discutido entre as partes (inexistência de lei suplementar dispendo sobre o rateio das sobras dos recursos do FUNDEB).

A meu ver, tal prefaciais não deve prosperar, pois, embora o julgador deva se adstringir à situação fática trazida na peça inaugural, a fundamentação jurídica que ele irá utilizar para acolher ou não o pedido é livre, assim como ensina o brocardo jurídico “*da mihi factum, dabo tibi jus*” (exponha o fato e direi o direito), sendo prescindível que tenha sido objeto de discussão nos autos. Essa também é a posição do STJ, vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO. CONVÊNIO COM O SUS. LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO. MATÉRIA NÃO ALEGADA NA PETIÇÃO INICIAL. TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO. 1. No direito brasileiro vige a teoria da substanciação, segundo a qual o julgador somente está vinculado aos fatos, podendo atribuir-lhes a qualificação jurídica adequada, aplicando-se os brocardos "iuri novit curia" e "mihi factum dabo tibi ius". 2. Não foge aos limites objetivos da lide a alegação de que o Município deve responder aos termos da demanda pois o atendimento médico ocorreu em hospital privado, porém conveniado ao SUS. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ - AgRg no AREsp: 183305 RJ

2012/0109670-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/09/2013)

“RECURSO ESPECIAL - PROCESSO CIVIL - ART. 535 DO CPC - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO - INÉPCIA DA INICIAL - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO NA SEGUNDA INSTÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL - JULGAMENTO COM FUNDAMENTO DIVERSO DO APRESENTADO PELAS PARTES - POSSIBILIDADE - IURA NOVIT CURIA - DA MIHI FACTUM DABO TIBI IUS - APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE - SÚMULA 456/STF - RISTJ, ART. 257 - PREQUESTIONAMENTO – MITIGAÇÃO. [...] O STJ pode julgar com fundamento diverso daquele apresentado pelas partes, pois, conhecendo do recurso especial, julgará a causa aplicando o direito à espécie (Súmula 456/STF e RISTJ, Art. 257). [...]” (STJ - REsp: 277382 SP 2000/0093085-7, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 06/10/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 05.12.2005 p. 316)

Assim, se o Magistrado, ao prolatar a sentença, já tinha conhecimento de que inexistia normativo regulando a distribuição das sobras das verbas repassadas através do FUNDEB e, sendo o seu posicionamento no sentido de que aquela é necessária, pode perfeitamente utilizar, de logo, tal fundamento para julgar improcedente o direito perseguido.

É de se destacar, ademais, que a própria recorrente explicita, em suas razões recursais, a tese de que não é necessária outra lei regulando a matéria, o que, a meu ver, já é um reconhecimento de sua inexistência, possibilitando, ainda mais, a utilização da fundamentação atacada.

Assim, sem maiores delongas, **rejeito a preliminar suscitada.**

Quanto ao mérito, a questão devolvida a esta Corte diz respeito à existência ou não da responsabilidade do Município promovido/apelado ao pagamento do percentual de 60% (sessenta por cento) relativo ao repasse decorrente do ajuste financeiro dos recursos do FUNDEB ocorrido no mês de abril/2011.

Como se sabe, o FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, foi criado pela Emenda Constitucional 53/2006, regulamentado pela Lei nº 11.494/2007 e pelo Decreto 6.253/2007, e implantado a partir de janeiro de 2007, visando garantir, por meio de seu mecanismo de distribuição de recursos, que a maior parte das receitas vinculadas à educação, no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, fosse aplicada na educação básica.

A Lei nº 11.494/2007, em seu art. 22, estabeleceu que, pelo menos, 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais do Fundo seria

destinado ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério. Já o parágrafo único do referido dispositivo, em seu inciso I, definiu remuneração como o total de pagamentos realizados aos profissionais do magistério em efetivo exercício. Vejamos a redação do citado dispositivo:

“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.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput deste artigo, considera-se:

I - remuneração: o total de pagamentos devidos aos profissionais do magistério da educação, em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, Distrito Federal ou Município, conforme o caso, inclusive os encargos sociais incidentes;”

Diante disso, verifica-se que pode subsistir, ao professor, o direito à percepção de eventuais abonos salariais decorrentes das "sobras" da referida verba, quando inobservado o percentual mínimo acima destacado.

Ficou, entretanto, a dúvida quanto a forma e os critérios para o rateio da sobra. Dirimindo a questão, o Ministério da Educação externou posicionamento acerca da necessidade de edição de lei municipal para fins de pagamento do abono, consoante texto extraído do site www.fnde.gov.br, ex vi:

“O abono é uma forma de pagamento que tem sido utilizada, sobretudo pelos Municípios, quando o total da remuneração do conjunto dos profissionais do magistério da educação básica não alcança o mínimo exigido de 60% do Fundeb. Portanto, esse tipo de pagamento deve ser adotado em caráter provisório e excepcional, apenas nessas situações especiais e eventuais, não devendo ser adotado em caráter permanente.

É importante destacar, inclusive, que a adoção de pagamentos de abonos em caráter permanente pode ensejar, no futuro, que tais pagamentos sejam incorporados à remuneração dos servidores beneficiados, por se caracterizar, à luz da legislação trabalhista, um direito decorrente do caráter contínuo e regular dessa prática. Desta forma, caso no Município esteja ocorrendo “sobras” significativas de recursos dos 60% do Fundeb no final de cada exercício, essa situação pode significar que o Plano de Carreira e Remuneração do Magistério ou, ainda, a escala ou tabela de salários/vencimentos, esteja necessitando de revisão ou atualização, de forma a absorver, sem sobras, os 60% do Fundo no pagamento da remuneração, sem a necessidade de uso de pagamentos sob a forma de abonos.

[...]

Os eventuais pagamentos de abonos devem ser definidos no âmbito da administração local (Estadual ou Municipal), que deve estabelecer o valor, a forma de pagamento e demais parâmetros que ofereçam, de forma clara e objetiva, os critérios a serem observados, os quais deverão constar de instrumento legal que prevejam as regras de concessão, garantindo a transparência e a legalidade do procedimento.

[...]

Considerando que o pagamento de abonos deve ser adotado em caráter provisório e excepcional, apenas em situações especiais e eventuais, particularmente quando o total da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica não alcança o mínimo de 60% do Fundeb, sua ocorrência normalmente se verifica no final do ano. Entretanto, não se pode afirmar que isso ocorra, ou mesmo se ocorre somente no final do ano, visto que há situações em que são concedidos abonos em outros momentos, no decorrer do ano, por decisão dos Municípios.”

Depreende-se dessa orientação a possibilidade de concessão de abono com o saldo remanescente do FUNDEB, quando não observado o percentual previsto na Lei nº 11.494/2007, para pagamento dos profissionais do magistério. No entanto, tal pagamento fica condicionado à existência de regras claras e transparentes, estabelecidas pelo ente responsável a gerir os recursos.

E não poderia ser diferente, pois o Princípio da Legalidade limita a atuação da Administração Pública, estabelecendo que o administrador somente pode agir de acordo com as regras delineadas na lei, notadamente quando a situação diz respeito à remuneração de servidor público. Da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (in Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros editores, 2010, p. 960), extraio:

“No Estado de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinaladas na ordenação normativa.

Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais restrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares.

Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que

seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo.”

Desse modo, conclui-se que o gestor municipal só poderá ratear entre os profissionais do magistério sobre de recurso proveniente do FUNDEB havendo prévia edição de instrumento legal que estabeleça, de forma clara, o valor, o modo de pagamento e os critérios objetivos para tanto, o que não existe na situação versada nos autos, como bem explicitou o sentenciante. Nesse diapasão, destaco:

“[...] APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROFESSOR MUNICIPAL. RATEIO DE VERBA DO FUNDEB ENTRE PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE LEI AUTORIZATIVA MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE DO PAGAMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA EM CASOS IDÊNTICOS. APLICAÇÃO DO CAPUT, DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO APELATÓRIO. - Pela leitura e interpretação da Lei nº 11.494/2007, os recursos do FUNDEB podem ser utilizados para pagamento de qualquer parcela da remuneração, a exemplo dos salários, gratificação natalina (13º salário), terço de férias, horas extras e dentre outras prestações remuneratórias. No entanto, em nenhum momento a referida legislação determinou que o gestor público rateie a mencionada verba entre cada profissional de educação, e sim, tão somente, que ela seja utilizada em percentual mínimo no pagamento da folha salarial (remuneração) “dos professores”.- O repasse dos valores do FUNDEB para os professores, através de rateio, está condicionado à existência de norma local, que estabeleça critérios claros para que o gestor municipal possa utilizar o recurso, com o estabelecimento da quantia, a forma de pagamento e os pressupostos objetivos para concessão aos beneficiados. Precedentes do TJPB.” (TJPB – AC 031.2012.000386-3/001 - Relator: Des. José Ricardo Porto – Publicado em 29/05/2013)

“[...] - Inexistindo lei local prevendo o pagamento de abono salarial dos valores considerados sobras dos recursos do FUNDEB, não se mostra viável o deferimento do pleito em que se postula tal verba, haja vista a necessidade de normatização quanto a forma pela qual deverá ser apurado o valor, o modo de pagamento, bem como, o estabelecimento de critério objetivos para sua concessão, cumprindo ressaltar que tais regras deverão ser definidas pelo gestor do fundo, a fim de preservar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, nos moldes delineados do art. 37, caput, da Carta da República.” (TJPB - AC 094.2012.000253-3/001 - RELATOR: Des. Leandro dos Santos – Publicado em 15/03/2013)

Merece ainda ser ressaltado que a questão sob apreço foi

objeto de uniformização de jurisprudência neste Tribunal, cuja relatoria coube ao Exmo. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque, prevalecendo, em seu julgamento, o seguinte posicionamento sumulado:

“Súmula nº 45. O rateio das sobras dos recursos do FUNDEB fica condicionado à existência de lei municipal regulamentado a matéria.” (Súmula editada por força da decisão prolatada nos autos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº. 2000682-73.2013.0000, julgado em 07/04/2014, tendo as conclusões do Acórdão sido publicadas no DJ de 22/04/2014)

Logo, merece ser mantido o dispositivo da sentença de primeiro grau, eis que similar à sumula desta Corte.

Com essas considerações, **com lastro no art. 557, do CPC, e na jurisprudência dominante deste Tribunal, nego seguimento à apelação cível, mantendo o dispositivo da sentença guerreada.**

P.I.

João Pessoa, 03 de julho de 2014.

**Des. José Aurélio da Cruz
Relator**