

EXMA. SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, M. D. PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

(Distribuição por prevenção à ADI 5532/DF, da Relatoria do Exmo. RICARDO LEWANDOWSKI, na forma do art. 77-B, do RI/STF)

O **SOLIDARIEDADE (SD)**, pessoa jurídica de direito privado, partido político registrado no E. Tribunal Superior Eleitoral e sabidamente com representação no Congresso Nacional, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 18.532.307/0001-07, com sede no endereço SHIS QL 16, conjunto 05, casa 18, Lago Sul, Brasília/DF, CEP: 71640-255, neste ato presente por seu Presidente, Sr. PAULO PEREIRA DA SILVA (CPF nº 210.067.689-04), e representado por seu advogado e bastante procurador, nos termos do instrumento de outorga especial em anexo, **vem propor**, com fulcro no art. 103, VIII, da CF/88 e no art. 2º, VIII, da Lei Federal nº 9.868/1999, a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (COM PEDIDA CAUTELAR INAUDITA ALTERA PARS)** tendo por objeto (i) o artigo 11 da Lei 9.424/1996 e os artigos 25, *caput*, e 26, inciso III, da Lei Federal 11.494/2007, mais exatamente a interpretação de tais dispositivos legais que confere ao E. Tribunal de Contas da União - TCU a competência para fiscalizar a aplicação, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios dos recursos integrantes dos fundos constitucionais de educação pública (antigo FUNDEF, atual FUNDEB) que receberem “*complementação da União*”, bem como, (ii) por arrastamento, os artigos 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 10, *caput* e §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa 60 de 04/11/2009 do Tribunal de Contas da União – TCU, por clara afronta aos artigos 18, *caput*, e 71, *caput*, VI, da Constituição da República de 1988, consoante será demonstrado a seguir.

I. DO ESCLARECIMENTO PRELIMINAR.

1. Em 23/05/2016, o SOLIDARIEDADE ingressara com a ADI 5532 em face (i) do artigo 11 da Lei 9.424/1996 e do artigo 25, *caput*, da Lei Federal 11.494/2007; (ii) dos artigos 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 10, *caput* e §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa 60 de 04/11/2009 do Tribunal de Contas da União – TCU, por clara afronta aos artigos 18, *caput*, e 71, *caput*, VI, da Constituição da República de 1988.

2. A ADI 5532 restou distribuída à relatoria do Exmo. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI.

3. Após regular trâmite, com a manifestação de todos os interessados, da AGU e do MPF, o Nobre Relator acolheu a preliminar arguida pela AGU e pelo *Parquet*, qual seja, que o ali Autor deixara “de questionar o art. 26, III, da norma em questão (*Lei Federal 11.494/2007*), que atribui ao Tribunal de Contas da União competência para fiscalizar recursos relacionados à complementação da União”.

4. Assim, entendeu aquele Nobre Ministro Relator que “sem préstimo seria a procedência dos pedidos formulados pelas arguentes, pois persistiria a alegada situação inconstitucional, ante a ausência de impugnação do conjunto normativo”. Neste viés, negou seguimento monocrático àquela ação.

5. Esta decisão monocrática na ADI 5532 foi publicada em 03/10/2017, terça-feira e ainda pende de preclusão.

6. *Concessa venia*, ainda que não comungue com o entendimento da Nobre Relatoria nos autos daquela ADI 5532, com o fito de resolver a situação inconstitucional que motivara aquele pleito, o SOLIDARIEDADE ingressa com esta nova ação, em que se impugna todos os dispositivos já objurgados na ADI 5532 e, **também**, o art. 26, III, Lei Federal 11.494/2007,

II. DA LEGITIMIDADE ATIVA DO SOLIDARIEDADE.

7. Consoante a documentação colacionada, o ora Peticionário – o SOLIDARIEDADE – é partido político com estatuto registrado no E. TSE e sabidamente com representação no Congresso Nacional. Logo, é legitimado ativo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade junto a essa Suprema Corte (art. 103, VIII, da CF/88 e art. 2º, VIII, da Lei Federal nº 9.868/1999).

8. Por outro lado, é assente que “os partidos políticos com representação no Congresso Nacional têm legitimidade ativa universal para propor ação direta de inconstitucionalidade, não incidindo, portanto, a condição da ação relativa à pertinência temática”.¹

III. DOS FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE EDUCAÇÃO PÚBLICA

9. Excepcionando o disposto no artigo 167, *caput*, IV, da Constituição da República, que proíbe “a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa”, o artigo 212, *caput*, da mesma Carta, prescreve que, “na manutenção e desenvolvimento do ensino”, a “União aplicará anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita proveniente de impostos, compreendida a proveniente de transferências”.

10. Complementando tal dispositivo constitucional (art. 212, *caput*, da CF/1988), o artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em sua redação original, prescrevia, para os “dez primeiros anos da promulgação da Constituição”, a “aplicação de, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental”.

11. No entanto, a **Emenda à Constituição (EC) nº 14/1996**

¹ ADI 1963 MC, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 18/03/1999, DJ 07-05-1999 PP-00001. Ainda neste sentido: ADI 1626 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/1997, DJ 26-09-1997 PP-47475.

alterou o *caput* de tal artigo 60 do ADCT, para prescrever que, “nos dez primeiros anos da promulgação” de referida Emenda “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” destinassem “não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal” à “manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério”.

12. Ademais, ao definir a redação dos §§ 1º a 4º do artigo 60 do ADCT, a EC nº 14/1996 prescreveu “a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um fundo de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de valorização do magistério, de natureza contábil”, conhecido pelo acrônimo “**FUNDEF**”, e determinou que cada um desses fundos, “constituído por, pelo menos, quinze por cento dos recursos a que se referem os arts. 155, inciso II; 158, inciso IV; e 159, inciso I, alíneas “a” e “b”; e inciso II, da Constituição Federal”, fosse “distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental”.

13. Já ao definir a redação dos §§ 5º e 7º do artigo 60 do ADCT, a EC nº 14/1996 determinou que “a União” complementasse tais fundos “sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno” não atingisse “o mínimo definido nacionalmente” pela “lei” que visse a dispor não só “sobre a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle”, como também “sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno”.

14. Aproximadamente 10 (dez) anos depois, a EC nº 53/2006 deu nova redação ao *caput* do referido artigo 60 do ADCT, determinando que, “até o 14º (décimo quarto) ano a partir” da promulgação de tal Emenda, “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” destinem “parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação”.

15. Ademais, e ao definir a redação dos incisos I e II do *caput* do artigo 60 do ADCT, a EC nº 53/2006 prescreveu “a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - **FUNDEB**, de natureza

contábil”, estabelecendo que tais fundos sejam “constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos” decorrentes dos impostos “a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas a e b do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal”, e determinando que tais recursos sejam “distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes”, considerados “os respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal”.

16. Por fim, e ao definir a redação dos incisos III e V do *caput* do artigo 60 do ADCT, a EC nº 53/2006 prescreveu que “a União complementará os recursos dos Fundos (...) sempre que, no Distrito Federal e em cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente”, estabelecendo, ainda, que “a lei disporá sobre a forma de cálculo do valor anual mínimo por aluno”.

17. Enfim, E. STF: reforçando o caráter cooperativo e assimétrico de nosso federalismo, as Emendas à Constituição nº 14/1996 e nº 53/2006 criaram fundos constitucionais (primeiro o FUNDEF, depois sucedido pelo hoje vigente FUNDEB) para, mediante repartição vertical, indireta, obrigatória e vinculada de receitas entre os entes da Federação, assegurar a manutenção e o desenvolvimento da educação pública.

IV. DOS DISPOSITIVO IMPUGNADOS.

18. Regulando o primeiro dos fundos constitucionais de educação pública (**FUNDEF**), o artigo 11 da Lei Federal 9.424/1996, ainda em vigor, prescreve:

Art. 11. Os órgãos responsáveis pelos sistemas de ensino, assim como os **Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios**, criarão mecanismos adequados à **fiscalização** do cumprimento pleno do disposto no art. 212 da Constituição Federal e desta Lei, sujeitando-se os Estados e o Distrito Federal à intervenção da União, e os Municípios à intervenção dos respectivos Estados, nos termos do art. 34,

inciso VII, alínea e, e do art. 35, inciso III, da Constituição Federal.

19. Já regulando o segundo e atual fundo constitucional de educação pública (**FUNDEB**), o artigo 25, *caput* e o art. 26 da Lei Federal 11.494/2007 estabelecem:

Art. 25. Os registros contábeis e os demonstrativos gerenciais mensais, atualizados, relativos aos recursos repassados e recebidos à conta dos Fundos assim como os referentes às despesas realizadas ficarão permanentemente à disposição dos conselhos responsáveis, bem como dos órgãos federais, estaduais e municipais de controle interno e externo, e ser-lhes-á dada ampla publicidade, inclusive por meio eletrônico.

Art. 26. A fiscalização e o controle referentes ao cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal e do disposto nesta Lei, especialmente em relação à aplicação da totalidade dos recursos dos Fundos, serão exercidos:

I - pelo órgão de controle interno no âmbito da União e pelos órgãos de controle interno no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - pelos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, junto aos respectivos entes governamentais sob suas jurisdições;

III - pelo Tribunal de Contas da União, no que tange às atribuições a cargo dos órgãos federais, especialmente em relação à complementação da União.

20. Pelo exposto, tem-se que os destacados dispositivos legais outorgam genericamente aos Tribunais ou Conselhos de Contas, federais, estaduais ou municipais, a competência para fiscalizar a aplicação dos fundos constitucionais de educação pública (FUNDEF e FUNDEB), sem discriminar, com precisão, os limites das atribuições de cada um desses órgãos de controle externo.

21. Assim, ante essa **imprecisão legal**, múltiplas são as interpretações que, sem afronta à letra da Lei, podem frutificar do trabalho hermenêutico de definição dos órgãos competentes para desempenhar o controle externo da aplicação dos recursos dos fundos constitucionais de educação pública.

22. Nesse passo, merece realce que, segundo o jurista HANS Kelsen, “em (...) casos de indeterminação, intencional ou não, (...) oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica”, e, assim, “o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que”, portanto, “**é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível**”².

23. Desse modo, não atenta contra a letra de tais textos legais – ou seja, não desborda da moldura de seus sentidos possíveis – a interpretação que, neles, vislumbra a atribuição, ao Tribunal de Contas da União - TCU, da competência para fiscalizar a aplicação, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, da totalidade dos recursos dos fundos constitucionais de educação pública que receberem como “complementação da União”.

24. Em clara demonstração de que, realmente, esse é um dos sentidos possíveis do artigo 11 da Lei Federal 9.424/1996 e dos artigos 25, *caput*, e 26, inciso III, da Lei Federal 11.494/2007, o **Tribunal de Contas da União - TCU**, ao regulamentá-los, editou os artigos 1º, *caput* e §§ 3º e 4º, e 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa 36/2000, e 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, 10, *caput* e §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa 60/2009, **fixando o entendimento de que lhe cabe fiscalizar a aplicação, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, da totalidade dos recursos integrantes dos fundos constitucionais de educação pública (FUNDEF e FUNDEB) que receberem como “complementação da União”.**

25. Com efeito, leiam-se os artigos 1º, *caput* e § 3º, e 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, da referida Instrução Normativa TCU 36/2000, revogada pelo artigo 12 da mencionada Instrução Normativa TCU 60/2009:

Art. 1º A fiscalização do cumprimento, pela União, da aplicação do mínimo de dezoito por cento da receita resultante de impostos federais na manutenção e desenvolvimento do ensino, prevista no art. 212 da Constituição Federal, bem como dos procedimentos sob responsabilidade dos órgãos federais para o cumprimento do artigo 60 e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, e ainda da **aplicação, no âmbito de cada Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do**

² Kelsen, Hans [tradução João Baptista Machado]. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1994. pág. 390.

Magistério – FUNDEF, de recursos federais oriundos da complementação da União, será realizada mediante inspeções, auditorias e análise de demonstrativos próprios, relatórios, dados e informações pertinentes.

(...)

§ 3º A fiscalização a cargo do Tribunal será exercida por meio de realização de inspeções e auditorias, **inclusive junto aos órgãos estaduais e municipais incumbidos da aplicação dos recursos do Fundo**, em conformidade com a programação prevista em seus Planos de Auditoria ou por determinação dos Colegiados ou Relatores.

(...)

Art. 2º O Tribunal, ao apreciar processos decorrentes de fiscalização em órgãos **estaduais ou municipais** gestores do FUNDEF, **cujos estados e municípios tenham recebido a complementação da União**, poderá, em caso de irregularidade ou ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Fundo, aplicar a multa prevista no art. 58 da Lei nº 8.443/92.

§ 1º Ao exercer a fiscalização de que trata o caput, o Tribunal, se constatar a ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, examinará em cada caso a relevância das irregularidades cometidas e a materialidade dos prejuízos causados ao FUNDEF para decidir se determina a instauração ou conversão do processo em tomada de contas especial.

§ 2º Ao decidir na forma deste artigo, o Tribunal remeterá cópia da documentação pertinente ao respectivo Tribunal de Contas Estadual ou Municipal para conhecimento e providências de sua alçada, bem como aos Ministérios Públicos da União e dos Estados para as medidas que entenderem necessárias quanto ao ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

(...)”

26. Vejam-se agora os artigos 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 10, *caput* e §§ 1º e 2º, da citada e hoje vigente Instrução Normativa TCU 60/2009:

Art. 9º A **fiscalização da aplicação, no âmbito de cada Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de recursos federais oriundos da complementação da União, será realizada mediante inspeções, auditorias e análise de demonstrativos próprios, relatórios, dados e informações pertinentes.**

§ 1º A fiscalização a cargo do Tribunal será exercida inclusive

junto aos órgãos estaduais e municipais incumbidos da aplicação dos recursos do Fundo, em conformidade com a programação prevista em seus Planos de Auditoria ou por determinação dos Colegiados ou Relatores.

§ 2º Compete à Unidade Técnica em cuja clientela esteja incluído o Ministério da Educação, bem como às Secretarias de Controle Externo nos Estados, no âmbito de suas respectivas atribuições, a execução dos trabalhos de fiscalização referidos no parágrafo anterior.

Art. 10. O Tribunal, ao apreciar processos decorrentes de fiscalização em órgãos estaduais ou municipais gestores do FUNDEB, cujos Estados e Municípios tenham recebido a complementação da União, poderá, em caso de irregularidade ou ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Fundo, aplicar a multa prevista no art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992.

§ 1º Configurada a ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, o Tribunal examinará em cada caso a relevância das irregularidades identificadas e a materialidade dos prejuízos causados ao FUNDEB, para decidir se determina a instauração ou conversão do processo em tomada de contas especial.

§ 2º Ao decidir, o Tribunal remeterá cópia da documentação pertinente ao respectivo Tribunal de Contas Estadual ou Municipal para conhecimento e providências de sua alçada, bem como aos Ministérios Públicos da União e dos Estados para as medidas que entenderem necessárias quanto ao ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

(...)"

27. Destarte, tem-se que não só possível como vem sendo praticada a interpretação de que o artigo 11 da Lei Federal 9.424/1996 e os artigos 25, *caput*, e 26, inciso III, da Lei Federal 11.494/2007 conferiram ao E. TCU a competência para fiscalizar a aplicação, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, da totalidade dos recursos dos fundos constitucionais de educação pública que receberem como "complementação da União".

28. No entanto, esse sentido possível (e a sua práxis) é manifestamente inconstitucional. É o que se demonstra a seguir.

V. DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: DA INCONSTITUCIONALIDADE ORA OBJETO DE PEDIDO DE DECLARAÇÃO.

29. E. STF, o artigo 71, caput, VI, da Constituição da República estabelece que *“o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete”*, entre outras atribuições, *“fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”*.

30. Interpretando tal dispositivo constitucional de modo a compatibilizá-lo com a autonomia dos entes da Federação, assegurada pelo artigo 18, caput, da Constituição da República, essa Excelsa Suprema Corte, ressaltando que *“o acordo de vontades é o elemento comum aos convênios, acordos ou ajustes”*, já firmou o entendimento de que a aplicação, pelos Governos estaduais, distrital e municipais, de recursos que lhes forem transferidos pelo Governo federal, somente está submetida ao controle externo do Tribunal de Contas da União - TCU - quando tal transferência pressuponha a *“concordância (...) ainda que tácita, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”*³.

31. Daí porque este Pretório Excelso já decidiu que o Tribunal de Contas da União - TCU - não é competente para fiscalizar a aplicação, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dos recursos que o Governo federal lhes transfere, nos termos do artigo 20, § 1º, da Constituição da República, a título de participação ou compensação decorrente da exploração petrolífera, mineral e hídrica, ao fundamento de que *“não se trata de um repasse voluntário”* e, portanto, *“não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 71, inciso VI, da Constituição”*⁴.

32. Ora, os recursos transferidos pela União por intermédio dos fundos constitucionais de educação pública (FUNDEF e FUNDEB), inclusive aqueles repassados a título de “complementação” para que “o valor por aluno”

³ STF - Plenário - rel. Ministro MOREIRA ALVES - ADI-MC 1.934/DF - d.j. 01.09.1999 - j. por unanimidade - DJU 22.10.1999

⁴ STF - Plenário - rel. Ministra ELLEN GRACIE - MS 24.312/DF - d.j. 19.02.2003 - j. por unanimidade - DJU 19.12.2003 - trechos do voto do Ministro GILMAR MENDES

alcance o “*mínimo definido nacionalmente*”, também são recebidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios **por força de imposição constitucional**, como rendas que lhes são próprias, irrecusáveis, razão pela qual lhes são distribuídas **independentemente de aceitação expressa ou tácita**.

33. Assim, à luz dos artigos 18, *caput*, e 71, *caput*, VI, da Constituição da República, e, na dicção do Exmo. Ministro MARCO AURÉLIO no exercício da sua d. função judicante, em uma “*óptica*” que, “*sem dúvida alguma, homenageia a autonomia governamental, tão pertinente quando se vive em uma federação*”⁵, há de se concluir que a aplicação, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dos recursos distribuídos pelos fundos constitucionais de educação pública (FUNDEF e FUNDEB) **não pode estar submetida ao controle externo do Tribunal de Contas da União - TCU**, mas, e tão-somente à fiscalização dos Tribunais ou Conselhos de Contas Estaduais ou Municipais.

34. Por conseguinte, **é manifestamente inconstitucional** o sentido possível do artigo 11 da Lei Federal 9.424/1996 e dos artigos 25, *caput* e 26, inciso III, da Lei Federal 11.494/2007, que, adotado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, atribui-lhe tal competência.

35. Assim, há de se **declarar inconstitucionais, sem redução de texto**, o artigo 11 da Lei Federal 9.424/1996 e os artigos 25, *caput*, e 26, inciso III, da Lei Federal 11.494/2007, **deles subtraindo o sentido possível** que confere, ao **Tribunal de Contas da União - TCU**, a competência para fiscalizar a aplicação, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, de quaisquer recursos integrantes dos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) e dos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), **inclusive aqueles recebidos a título de “*complementação da União*”**.

36. E, por arrastamento, em função de sua relação de dependência com esse inconstitucional sentido do artigo 25, *caput* e do artigo 26, inciso III, da Lei Federal 11.494/2007, também se há de declarar inconstitucionais os

⁵ STF - Plenário - rel. Ministra ELLEN GRACIE - MS 24.312/DF - d.j. 19.02.2003 - j. por unanimidade - DJU 19.12.2003 - trechos do voto do Ministro MARCO AURÉLIO

artigos 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 10, *caput* e §§ 1º e 2º, da mencionada Instrução Normativa 60/2009 do E. Tribunal de Contas da União - TCU.

VI. DA LIMINAR

37. Interpretando o artigo 10, *caput*, da Lei Federal 9.868/1999, os juristas IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES asseveram que “o provimento cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, (...) só pode ser concedido em face do fumus boni iuris e do periculum in mora”, ressaltando que, “por fumus boni iuris entende-se a relevância ou a plausibilidade jurídica dos fundamentos deduzidos pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade”, e que “o periculum in mora é representado pela possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada”, que pode decorrer da “irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados”⁶.

38. De outro lado, e segundo a jurisprudência dessa Excelsa Corte Suprema - STF, “dada a relevância jurídica” das “questões, (...) é possível utilizar-se do critério da conveniência, em lugar do periculum in mora, para a concessão de medida liminar, ainda quando o dispositivo impugnado já esteja em vigor há anos”⁷.

39. Finalmente, o art. 21, IV e V, do Regimento Interno deste Pretório Excelso preveem como atribuições do Nobre Ministro Relator determinar, em caso de urgência, monocraticamente e *ad referendum* do Plenário ou da Turma, “medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa”, inclusive em sede de ADI.

⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009. págs. 331-2.

⁷ STF - Plenário - ADI-MC 2.314/RJ - rel. Ministro MOREIRA ALVES - d.j. 25.04.2001 - j. por unanimidade - DJU 08.06.2001. No mesmo sentido: STF - Plenário - ADI-MC 1.087/RJ - rel. Ministro MOREIRA ALVES - d.j. 01.02.1995 - j. por unanimidade - DJU 07.04.1995; STF - Plenário - ADI-MC 1.960/RJ - rel. Ministro MOREIRA ALVES - d.j. 25.03.1999 - j. por maioria - DJU 18.05.2001.

40. Fixadas tais premissas, há de se concluir que é imperiosa a concessão da medida cautelar, inclusive em sede monocrática. Vejamos.

41. A relevância da fundamentação jurídica decorre de sua própria exposição, e, em especial, da circunstância de que, conforme aqui já demonstrado, **ela se coaduna com a jurisprudência dessa Excelsa Corte Suprema - STF** (MS 24.312/DF e ADI-MC 1.934/DF).

42. Já o perigo da demora ou a conveniência decorre da circunstância de que a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União - TCU, da aplicação, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dos recursos dos fundos constitucionais de educação pública (FUNDEF e FUNDEB) provoca gravíssima e, portanto, insuportável lesão à autonomia de tais entes da Federação.

43. Com efeito, não se pode olvidar que, nos termos do artigo 60, § 4º, da Constituição da República, “a forma federativa de Estado” é uma **cláusula constitucional pétrea**, e, por conseguinte, qualquer atentando à autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, expressamente assegurada pelo artigo 18, *caput*, da mesma Constituição, é, por si só, **muito grave** e, assim, merece o imediato rechaço dessa Excelsa Corte Suprema - STF.

44. Demais disso, não se pode olvidar que, como os Tribunais ou Conselhos de Contas Estaduais ou Municipais também fiscalizam o emprego dos recursos dos fundos constitucionais de educação pública (FUNDEF e FUNDEB),

45. Destarte, a **concessão da medida cautelar não deixará tal aplicação de receitas públicas sem controle externo**, e, ademais, **irá obstar a duplicidade de tal controle** e, assim, **não só evitará o desperdício de esforços, como também afastará o risco de decisões conflitantes sobre a mesma matéria**.

46. Nesse passo, merece realce a advertência do Exmo. Ministro MOREIRA ALVES, para quem, a “distribuição de competências” entre os órgãos de controle externo deve ser “estabelecida (...) com exclusividade, (...) em conformidade com a respectiva esfera no plano federativo”, em especial “porque não há hierarquia

entre eles”⁸.

47. Também há de se ressaltar que, como, por impossibilidade ou dificuldade contábil, a “*complementação da União*” não é separada dos demais recursos que compõem os fundos constitucionais de educação pública, a fiscalização hoje exercida pelo E. TCU, com base em sua inconstitucional interpretação do artigo 11 da Lei Federal 9.424/1996 e e dos artigos 25, *caput*, e 26, inciso III, da Lei Federal 11.494/2007, abrange o emprego da totalidade de tais recursos. **Assim, o dano à autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios decorrente de tal fiscalização assume, por óbvio, uma magnitude superlativa e realmente assombrosa!**

48. Desse modo, impõe-se, como já afirmado, **seja concedida medida cautelar**, suspendendo-se, com “*eficácia contra todos*” e “*efeito ex nunc*”, qualquer aplicação do artigo 11 da Lei Federal 9.424/1996 e dos artigos 25, *caput*, e 26, inciso III, da Lei Federal 11.494/2007 que, confira, ao E. Tribunal de Contas da União - TCU, a competência para aplicação, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, dos recursos integrantes dos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) e dos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) que receberem “*complementação da União*”.

VII. DOS PEDIDOS E DOS REQUERIMENTOS.

49. Em face do exposto, e nos termos dos artigos 102, *caput*, “p”, e § 2º, 103, §§ 1º e 3º, da Constituição da República, 6º, 8º, 9º, *caput*, 10, *caput* e §§ 1º e 2º, 11, *caput* e § 1º, 22, 23, *caput*, 24, e 28, parágrafo único, da Lei Federal 9.868/1999 e do art. 21, IV e V, do RI/STF, o SOLIDARIEDADE pede e requer:

(a) A distribuição da presente ação por prevenção à ADI 5532/DF, da

⁸ STF - Plenário - rel. Ministro MOREIRA ALVES - ADI-MC 1.934/DF - d.j. 01.09.1999 - j. por unanimidade - DJU 22.10.1999

Relatoria do Exmo. RICARDO LEWANDOWSKI, na forma do art. 77-B, do RI/STF;

(b) O **deferimento de medida cautelar**, monocraticamente e *inaudita altera pars*, para posterior referendo do Plenário, suspendendo-se, com “*eficácia contra todos*” e “*efeito ex nunc*”:

(b.1) Qualquer aplicação do artigo 11 da Lei Federal 9.424/1996 e dos artigos 25, *caput*, e 26, inciso III, da Lei Federal 11.494/2007 que, confira, ao Tribunal de Contas da União - TCU, a competência para aplicação, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, dos recursos integrantes dos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) e dos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) que receberem “*complementação da União*”;

(b.2) Os artigos 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 10, *caput* e §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa 60/2009 do Tribunal de Contas da União - TCU.

(c) Caso indeferido o pleito (b) acima, após a audiência do Exmo. Presidente da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do E. Tribunal de Contas da União – TCU, no prazo de 05 (cinco) dias, e, em seguida, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República no prazo de 03 (três) dias, **seja concedida medida cautelar**, na forma dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.868/1999 e nos termos (b.1) e (b.2) acima;

(d) Indeferida a concessão de qualquer cautelar (b) e (c) acima, que a Nobre Relatoria imprima à presente ADI o rito sumário do art. 12 da Lei nº

9.868/1999 em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem jurídica e política do país;

- (e) Qual seja o rito a ser adotado – o sumário do art. 12 da Lei nº 9.868/1999 ou o ordinário do referido diploma –, sejam solicitadas informações ao Exmo. Presidente da República, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao E. Tribunal de Contas da União – TCU, para, querendo, prestá-las;
- (f) Ao final, após regular trâmite processual, **seja a presente ação direta julgada procedente** para, com “*eficácia para todos e efeito vinculante*” e *ex tunc*;
- (f.1) **Declarar inconstitucionais, sem redução de texto**, o artigo 11 da Lei Federal 9.424/1996 e os artigos 25, *caput*, e 26, inciso III, da Lei Federal 11.494/2007, **deles subtraindo o sentido possível** que confere, ao **Tribunal de Contas da União - TCU**, a competência para fiscalizar a aplicação, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, dos recursos integrantes dos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) e dos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) que receberem “*complementação da União*”;
- (f.2) Declarar inconstitucionais, por arrastamento, os artigos 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 10, *caput* e §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa 60/2009 do Tribunal de Contas da União - TCU.

50. Os ora subscritores declaram a autenticidade das cópias ora juntadas, sob as penas da lei.

51. O SOLIDARIEDADE requer que as suas publicações se deem em nome do seu advogado ANDRÉ DE VILHENA MORAES SILVA, OAB/DF 50.700, sob pena de nulidade.

52. Dá-se a causa o valor de R\$ 100,00 (cem reais), para fins fiscais.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília/DF, 10 de outubro de 2017.

ANDRÉ DE VILHENA MORAES SILVA
OAB/DF nº 50.700

ALYSSON SOUSA MOURÃO
OAB/DF nº 18.977

CAROLINE LACERDA
OAB/DF nº 42.238

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS.

ANEXO 01: Procuração e substabelecimento com poderes específicos.

ANEXO 02: Estatuto social registrado no TSE e comprovante de CNPJ do SOLIDARIEDADE (SD).

ANEXO 03: Prova de representação do Solidariedade nas Câmaras Alta e Baixa do Congresso Nacional.

ANEXO 04: Lei Federal nº 9.424 de 1996;
Lei Federal nº 11.494 de 2007;
Instrução Normativa TCU 36/2000; e
Instrução Normativa TCU 60/2009.