

VOTO

Trata-se de auditoria de conformidade realizada em Municípios do Estado do Maranhão para verificar a aplicação dos recursos dos precatórios do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef).

Esta fiscalização é parte de auditoria coordenada – TC 018.130/2018-6 – que envolve diversos municípios de doze estados da Federação – Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Sergipe, Alagoas, Bahia, Pará, Amazonas e Minas Gerais, realizada em atendimento ao Acórdão 1.824/2017 – Plenário (de minha relatoria).

No referido *decisum*, proferido em sede de representação da lavra do Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Maranhão e do Ministério Público de Contas do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão (TC 005.506/2017-4), esta Corte firmou os seguintes entendimentos em relação aos recursos federais, destinados à complementação da União ao Fundef e ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb):

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:

[...]

9.2.2.2. utilização exclusiva na destinação prevista no art. 21, da Lei 11.494/2007, e na Constituição Federal, no art. 60 do ADCT;

9.2.3. a aplicação desses recursos fora da destinação, a que se refere o item 9.2.2.2 anterior, implica a imediata necessidade de recomposição do Erário, ensejando, à mingua da qual, a responsabilidade pessoal do gestor que deu causa ao desvio, na forma da Lei Orgânica do TCU;

9.2.4. a destinação de valores de precatórios relacionados a verbas do Fundef/Fundeb para o pagamento de honorários advocatícios é inconstitucional, por ser incompatível com o art. 60, do ADCT, com a redação conferida pela EC 14/1996, bem como é ilegal, por estar em desacordo com as disposições da Lei 11.494/2007;

Além disso, o referido aresto determinou à Segecex a realização de trabalho para verificar a aplicação desses recursos, autorizando sua realização em conjunto com outros órgãos da rede de controle (itens 9.4 e 9.10).

Em sede de embargos de declaração, opostos contra essa decisão, o TCU esclareceu que (Acórdão 1.962/2017 – Plenário):

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;

Posteriormente, no âmbito de representação da Secex/Educação (TC 020.079/2018-4), esta Corte, por meio do Acórdão 2.866/2018 – Plenário (também de minha relatoria), firmou entendimento, em relação aos recursos recebidos a título de complementação da União no Fundef, reconhecidos judicialmente que:

*9.2.1. além de não estarem submetidos à subvinculação de 60%, prevista no artigo 22 da Lei 11.494/2007, consoante o subitem 9.2.1.2, Acórdão 1962/2017 – Plenário, **não** podem ser utilizados para pagamentos de rateios, abonos indenizatórios, passivos trabalhistas ou previdenciários, remunerações ordinárias, ou de outras denominações de mesma natureza, aos profissionais da educação;*

9.2.2. podem ter sua aplicação definida em cronograma de despesas que se estenda por mais de um exercício financeiro, não estando sujeita ao limite temporal previsto no artigo 21, caput, da Lei 11.494/2007;

Por ocasião dessa última decisão, esta Corte também recomendou aos entes beneficiários dos recursos que, previamente à utilização dos valores, elaborassem plano de aplicação compatível com as orientações contidas na deliberação, com o Plano Nacional de Educação, com os objetivos básicos das instituições educacionais e com os respectivos planos estaduais e municipais de educação, em linguagem clara, com informações precisas, indicando os valores envolvidos em cada ação/despesa planejada.

Ainda segundo a deliberação, tais planos deveriam ter ampla divulgação e ter sua elaboração e execução acompanhadas pelos respectivos conselhos do Fundeb.

Estima-se que o valor total relativo aos precatórios do Fundef, advindos do pagamento a menor da complementação da União, supere R\$ 90 bilhões, sendo R\$ 10,9 bi relativos ao Estado do Maranhão.

Este trabalho é ainda mais importante diante do preocupante cenário retratado nos Acórdãos 2.353/2018 e 2.018/2019, do Plenário, de minha relatoria, referentes ao acompanhamento do Plano Nacional de Educação (Lei 13.005/2014), dos quais se estrai que, das 20 metas do plano, aproximadamente 13 delas tem risco alto ou médio de não atingimento.

Foram auditados 28 municípios do Estado do Maranhão, que já tinham precatórios depositados judicialmente. O volume de recursos fiscalizados alcançou o montante de R\$ 176.754.888,987, correspondente ao valor total dos precatórios do Fundef já sacados.

A equipe chamou atenção para o fato de haver R\$ 718.581.716,04 já liberados pelo Poder Judiciário, ainda não sacados, em razão de bloqueios judiciais ou outros trâmites necessários para realização dos saques.

Esta fiscalização buscou responder as seguintes questões:

Questão 1: Os recursos repassados aos municípios foram depositados em conta bancária do Fundeb ou outra conta criada exclusivamente com esse propósito?

Questão 2: Os recursos estão sendo utilizados exclusivamente na manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica?

Questão 3: Foi observada a vedação à destinação de valores dos precatórios do Fundef para o pagamento de honorários advocatícios?

Questão 4: Os recursos recebidos pelo município em virtude dos precatórios do Fundef foram utilizados para pagamentos de remuneração de profissionais da educação básica?

Subquestão 4.1) Qual percentual dos recursos recebidos foi utilizado para esse propósito?

Subquestão 4.2) Qual foi a natureza (rubrica) dos pagamentos remuneratórios realizados pelo Município?

Subquestão 4.3) Os pagamentos realizados foram destinados a profissionais da educação básica que estavam em efetivo exercício no ano em que a complementação da União foi a menor do devido?

Foram identificados os seguintes achados:

I) recursos de precatórios do Fundef não depositados em conta específica;

II) desvio de finalidade na aplicação de recursos advindos de precatórios do Fundef;

III) pagamento de honorários advocatícios, em contratos celebrados por inexigibilidade de licitação indevida, com recursos dos precatórios do Fundef;

IV) destaques de honorários advocatícios já depositados por sacar;

V) concessão de benefícios remuneratórios a profissionais da educação básica com recursos dos precatórios Fundef;

II

Como apurado pela equipe de fiscalização, os Municípios de Presidente Juscelino, Cachoeira Grande, Primeira Cruz e Fortaleza dos Nogueiras depositaram e movimentaram recursos dos precatórios do Fundef em contas não específicas.

Essa irregularidade dificulta a rastreabilidade dos recursos, tendo em vista se misturarem às diversas fontes de receitas dos entes, em contas que financiam uma infinidade de ações e não só as de manutenção e desenvolvimento do ensino.

Para os valores cuja identificação do destino não é possível ou gastos em finalidades alheias às previstas em lei, devem ser adotadas medidas para recomposição das contas e responsabilização dos gestores, conforme consignado a seguir.

Assim, deixo de realizar as audiências propostas pela equipe de fiscalização sobre essa irregularidade, especificamente.

III

Foram identificadas despesas irregulares com os recursos de precatórios do Fundef nos municípios de Anapurus, Fortaleza dos Nogueiras, Lajeado Novo, Primeira Cruz e Pinheiro.

Foram identificadas ocorrências relativas a merenda escolar, uniformes escolares e instrumentos musicais, em desconformidade com orientações publicadas pelo FNDE.

A contratação, pelo município de Pinheiro, para fornecimento de passe de transporte estudantil com recursos dos precatórios do Fundef também foi considerada irregular pela equipe de fiscalização.

Ainda foram verificados pagamentos de tarifas bancárias e, no município de Primeira Cruz, um “empréstimo” para o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), no valor de R\$ 70.000,00.

Importa destacar que, ao menos desde 1996, os recursos do Fundef devem ser destinados, exclusivamente, a ações de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), conforme expressa previsão constitucional (art. 60, do ADCT) e legal (arts. 2º, da Lei 9.424/1996 – Lei do Fundef, e 70, da LDB). Atualmente, previsão semelhante se encontra no art. 21, da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb).

Nesse quadro, a unidade técnica propõe, com base no art. 3º, da Decisão Normativa-TCU 57/2004, determinar aos municípios que adotem providências necessárias para a recomposição dos montantes aos cofres do Fundeb.

Embora irrepreensível o entendimento da unidade instrutiva, no sentido de que as despesas com merenda, uniforme e instrumentos musicais, conforme manual do FNDE, não podem ser enquadradas como MDE, entendendo que foram importantes para o processo ensino-aprendizagem, em sintonia com outras deliberações desta Corte proferidas em processos similares, a exemplo dos Acórdãos 2.553/2019 e 2.802/2019 – ambos do Plenário, motivo pelo qual, excepcionalmente, e a fim de manter jurisprudência uniforme (art. 926, do Código de Processo Civil), deixo de determinar a restituição dos recursos à conta específica dos precatórios do Fundef.

Friso, ainda, tratem-se de municípios pequenos e pobres, onde a população varia de 12 a 15 mil habitantes, com renda média mensal de 1,5 salário mínimo. Nessas localidades, as ações empreendidas pelas escolas públicas têm, ainda, maior importância na formação de jovens e crianças, o que, a meu ver, permite relevância, de forma excepcionalíssima, as despesas irregulares com esses itens utilizados nas escolas.

Quanto à aquisição de passes estudantis pelo município de Pinheiro, verifico que o inciso VIII do artigo 70 da Lei 9.394/1996 permite a aplicação dos recursos do Fundef/Fundeb em programas de transporte escolar. Manual publicado pelo FNDE prevê aplicação dos valores em aquisição e manutenção de veículos, bem como remuneração de condutores, mas não trata do pagamento de passes estudantis.

Em paralelo, o Programa de Transporte Escolar (PNATE), financiado com transferências de recursos da União, autoriza, além da aquisição, manutenção e terceirização dos serviços de transporte escolar, a contratação para fornecimento de passes estudantis, quando existem serviços regulares de transporte público na localidade, conforme Resolução 12/2011 do FNDE.

Entendo, portanto, que não há clareza suficiente quanto à possibilidade de utilização dos recursos do Fundef/Fundeb com passes estudantis. Por isso, deixo de acolher proposta para que o Município de Pinheiro recomponha os recursos às contas específicas, sem prejuízo de expedir recomendação ao FNDE para que oriente os entes quanto à aplicação nessa finalidade.

Considerando a baixa materialidade dos valores utilizados para pagamento de tarifas bancárias, o fato de as cobranças serem realizadas pelos bancos, muitas vezes sem possibilidade de negociação pelos municípios, e, ainda, pelo custo do controle envolvido, deixo, também, de determinar a restituição desses valores à conta específica.

Esclareço que, de acordo com a Resolução 44/2011 do FNDE, em razão de acordo de cooperação celebrado entre as instituições financeiras e o Fundo, é vedada a cobrança de tarifas bancárias nas contas destinadas ao depósito e movimentação dos recursos do Fundeb.

Como os precatórios, em muitos casos, foram depositados em contas gerais dos municípios ou abertas especificamente para recebê-los, não foram aplicadas as regras previstas no acordo de cooperação e ocorreram cobranças de tarifas.

No TC 018.130/2018-6, ficou assente que os recursos dos precatórios do extinto Fundef devem ser depositados apenas em conta bancária específica, criada exclusivamente com esse propósito, a fim de garantir-lhes a finalidade e a rastreabilidade.

Tendo em vista a vinculação dos recursos dos precatórios em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme Acórdãos 1.824/2017-Plenário e 2.866/2018-Plenário, pertinente expedir recomendação ao FNDE para que negocie junto às instituições bancárias a isenção de tarifas nas contas destinadas especificamente aos precatórios do Fundef, em analogia com o tratamento dado aos recursos regulares do Fundeb pelo acordo de cooperação vigente.

A despesa efetuada pelo município de Primeira Cruz, denominada “empréstimo ao FPM” é totalmente alheia às finalidades de manutenção e desenvolvimento do ensino.

Por isso, o município deve ser comunicado da necessidade de recompor a quantia às contas específicas dos precatórios do Fundef, sob pena de instauração da correspondente tomada de contas especial.

Como apurado pela equipe de auditoria, os municípios de Bernardo do Mearim, Capinzal do Norte, Fortaleza dos Nogueiras, Mirinzal, Primeira Cruz, Serrano do Maranhão e Presidente Juscelino contrataram escritórios de advocacia, por meio de indevida inexigibilidade de licitação, com o objetivo de cobrarem da União as diferenças de complementação do Fundef.

O ajuizamento de ação judicial para tal finalidade não se reveste de singularidade, tampouco os advogados contratados detinham notória especialização, requisitos necessários para contratação direta por meio de inexigibilidade, a qual é exceção à regra da licitação e apenas é admitida quando há impossibilidade de competição.

Tais contratações, por conseguinte, deveriam ter ocorrido após regular procedimento licitatório, com ampla possibilidade de participação dos interessados.

Como a nulidade da licitação enseja a nulidade do próprio contrato, o que também se aplica ao procedimento de inexigibilidade, nos termos do art. 49, §§ 2º e 4º, da Lei de Licitações, referidos contratos de serviços advocatícios celebrados pelos municípios maranhenses são nulos.

Quanto à estipulação de honorários de êxito nas aludidas avenças, em sintonia com as conclusões da equipe de auditoria, verifico que contraria o art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, que prevê, como cláusula essencial do contrato, a que estabelece e define o preço.

Os municípios firmaram contratos com escritórios de advocacia prevendo remuneração honorária de 20% a 30% sobre o benefício proporcionado à prefeitura, ensejando pagamentos de elevada cifra por causas de baixa complexidade, em prejuízo da população.

Não bastasse isso, os recursos advindos dos precatórios do Fundef devem ser utilizados, exclusivamente, em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, nos termos dos art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), do art. 2º da Lei 9.424/1996, e do art. 21 da Lei 11.494/2007.

Esse entendimento foi firmado pelo Plenário desta Corte por ocasião do Acórdão 1.824/2017-Plenário.

É preciso destacar, contudo, que o pagamento de honorários advocatícios com recursos do Fundef, por não ser ação de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), é indevido, pelo menos, desde a promulgação da Emenda Constitucional 14/1996, que alterou o art. 60, do ADCT, e da entrada em vigor das Leis 9.394/1996 (LDB) e 9.424/1996 (Lei do Fundef).

Conquanto haja previsão, no art. 22, §4º, da Lei 8.906/1994, da possibilidade de retenção dos honorários advocatícios contratuais antes da expedição do precatório (regra geral), o caso dos precatórios do Fundef é especial por se tratar de verbas constitucionalmente gravadas a finalidades da área da educação definidas em lei, o que impede o recebimento dos valores pelos advogados por meio desse procedimento.

Os serviços advocatícios contratados de forma regular e a preço de mercado devem ser pagos com recursos que possam ter essa destinação.

Nesse sentido também decidi a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Recurso Especial 1.703.697/PE (Relator o E. Ministro Og Fernandes), cujo trecho da ementa da decisão aqui reproduzo:

7. Na execução, regra geral, é possível a requisição pelo patrono de reserva da quantia equivalente à obrigação estabelecida, entre si e o constituinte, para a prestação dos serviços advocatícios. A condição para isso é que o pleito seja realizado antes da expedição do precatório ou do mandado de levantamento, mediante a juntada do contrato. Orientação do STJ e do STF.

8. *Esse entendimento, todavia, não é aplicável quando os valores a que tem direito o constituinte se referem a verbas decorrentes de diferenças do FUNDEF que a União deixou de repassar aos Municípios a tempo e modo.*

9. *O fato de determinada obrigação pecuniária não ter sido cumprida espontaneamente, mas somente após decisão judicial com trânsito em julgado, não descaracteriza a sua natureza nem a da prestação correspondente. Assim, uma vez que os valores relacionados ao FUNDEF, hoje FUNDEB, encontram-se constitucional e legalmente vinculados ao custeio da educação básica e à valorização do seu magistério, é vedada a sua utilização em despesa diversa, tais como os honorários advocatícios contratuais.*

10. *Reconhecida a impossibilidade de aplicação da medida descrita no art. 22, § 4º, da Lei n. 8.906/1994 nas execuções contra a União em que se persigam quantias devidas ao FUNDEF/FUNDEB, deve o advogado credor, apesar de reconhecido o seu mérito profissional, buscar o seu crédito por outro meio.*

Ainda sobre esse tema, o Tribunal, mediante Acórdão 2.093/2020-Plenário, acolheu posicionamento por mim externado sobre a não procedência de teses apresentadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

Como consignei, pouco importa se os honorários contratuais foram fixados para o ajuizamento de ação de conhecimento ou meramente para a fase de execução de título judicial obtido pelo MPF, pois os contratos celebrados mediante inexigibilidade indevida são flagrantemente nulos.

A diferenciação aventada pelo CFOAB poderá ser considerada pelos entes federados, em um segundo momento, após a restituição dos recursos do Fundef recebidos pelos advogados à conta específica e a anulação dos contratos, para o cálculo de eventual indenização aos causídicos, em valores de mercado, quando devida.

A segunda tese afastada pelo Acórdão 2.093/2020-Plenário foi a de que os advogados fariam jus ao destacamento dos honorários advocatícios dos precatórios do extinto Fundef até o limite do valor correspondente à parcela dos juros de mora da condenação.

A decisão concluiu, com base em diversos fundamentos jurídicos e econômicos, que todas as parcelas da condenação (principal e acessórios) devem ser destinadas, necessariamente, para ações de manutenção e desenvolvimento do ensino básico (MDE), pois os acessórios (os juros) têm a mesma natureza do principal e pertencem ao mesmo proprietário.

Portanto, acolho a proposta da unidade técnica no sentido de que sejam constituídos processos apartados de tomada de contas especial para que se promova a citação solidária dos gestores signatários dos contratos advocatícios e dos escritórios de advocacia beneficiários dos recursos.

Esse encaminhamento está em sintonia com os Acórdãos 1.285/2018 - Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), 1.824/2017 - Plenário e 2553/2019 - Plenário (ambos de minha relatoria).

Nos termos do Acórdão 2.093/2020-Plenário, as citações devem indicar, além da vedação constitucional e legal à utilização dos recursos do Fundef para pagamento dos honorários, a nulidade dos contratos, a falta de cláusula a estabelecer preço certo e o valor recebido muito acima dos valores de mercado.

Quanto à nulidade dos contratos, também deverão ser ouvidos os Municípios contratantes, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ainda sobre o tema honorários advocatícios, a equipe deu notícia de que 21 municípios estavam, à época da auditoria, com destaque de honorários já depositados por sacar.

Em muitas situações haviam decretos municipais invalidando o contrato firmado com os advogados. No entanto, esses atos não foram considerados capazes de evitar os saques ilegais sem a adoção de providências, pelos municípios, junto ao Poder Judiciário, tendo em vista a executividade dos títulos extrajudiciais.

Além de dar ciência aos municípios sobre a necessária atuação na Justiça Federal, tendo em vista o tempo decorrido desde o término a fiscalização, devem ser promovidas as diligências necessárias para verificação de eventuais pagamentos e, caso necessário, providências para instauração de tomadas de contas especiais.

V

A equipe de auditoria verificou que os municípios de Serrano do Maranhão e Pinheiro destinaram recursos dos precatórios do Fundef para pagamento dos profissionais da Secretaria de Educação, em desacordo com medida cautelar desta Corte de Contas.

A referida medida de urgência foi concedida em 27/6/2018, no âmbito do TC 020.079/2018-4, referendada pelo Plenário em 4/7/2018 (Acórdão 1.518/2018), nos seguintes termos:

determino, cautelarmente, 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;

Como bem registrado pela equipe de fiscalização, essa decisão foi amplamente divulgada, até mesmo com publicação no site do FNDE na *internet* (peça 23, p. 60).

Dessa forma, acolho a proposta da unidade técnica de chamar em audiência os prefeitos responsáveis pelo descumprimento da decisão cautelar.

A equipe de auditoria identificou, ainda, que os outros municípios auditados realizaram pagamentos de remuneração ordinária de profissionais da educação básica antes da prolação da referida medida cautelar.

Em sintonia com o voto condutor do Acórdão 2553/2019 – Plenário, pode ser aceito o pagamento de remuneração **ordinária** desses profissionais da educação, ocorrido **antes** da aludida cautelar, com os recursos extraordinários dos precatórios do Fundef.

Nesse sentido, aduzi naqueles autos:

Acolho esse entendimento apenas em relação ao pagamento de remunerações ordinárias, sobretudo porque, embora contrarie a melhor interpretação, a qual prima pela consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais (art. 70, caput, da LDB), de fato, até o TCU firmar seu entendimento, havia controvérsia quanto à possibilidade desse pagamento, com os recursos dos precatórios, aos profissionais da educação, considerando a literalidade do inciso I, do art. 70, da LDB.

O próprio Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), manifestou-se de forma favorável à possibilidade de utilização dos recursos dos precatórios do Fundef para pagamento de remuneração ordinária dos profissionais (TC 020.079/2018-4).

Ainda quanto aos gastos com pessoal, acolho a proposta de diligência para confirmar os valores e rubricas das despesas efetivamente realizadas pelo Município de Tufilândia.

Por fim, acolho as propostas de dar ciência ao Conselho Nacional de Justiça sobre as inconsistências de cadastros e dos dados constantes dos processos judiciais dos precatórios.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de outubro de 2020.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator