

TC 040.428/2020-6

Tomada de contas especial

Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE)

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Trata-se de tomada de contas especial instaurada em obediência ao Acórdão 2.904/2020-TCU-Plenário (peça 2), proferido no TC 033.285/2018-7, derivado de auditoria coordenada em diversos municípios de doze Estados da Federação, realizada em atendimento ao Acórdão 1.824/2017-TCU-Plenário, para verificar a aplicação dos recursos dos precatórios do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), bem como de auditoria específica realizada em municípios do Estado do Maranhão. Estes autos tratam especificamente de valores devidos ao Município de Serrano do Maranhão/MA.

2. Em síntese, o débito em discussão nestes autos originou-se do pagamento de honorários advocatícios com a utilização irregular de recursos derivados do sucesso em ação judicial em que se discutiu a insuficiência da complementação devida pela União aos municípios, proveniente do cálculo do valor mínimo anual por aluno (VMAA). Os valores deveriam ser repassados ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), de que trata o art. 6º da Lei 9.424/96, atual Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

3. A complementação a menor ensejou a propositura de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal (processo 1999.61.00.050616-0), cuja sentença, transitada em julgado em 1º/7/2015, obrigou a União ao pagamento das diferenças identificadas aos entes federativos.

4. Ocorre que, paralelamente ao trâmite da mencionada ação, diversos municípios efetuaram a contratação de escritórios de advocacia para promoverem ações autônomas no intuito de demandar a União, estabelecendo percentual de honorários advocatícios sobre o montante a ser recebido futuramente.

5. No caso do Município de Serrano/MA, foi contratado, em 9/8/2007, o escritório Maranhão Advogados Associados (peça 39, p. 70-72), que cedeu direitos de crédito dos precatórios a João Azêdo e Brasileiro Advogados Associados (peça 39, p. 67-68). Os causídicos impetraram ação ordinária de cobrança, autuada sob o número 2007.37.00.006966-0, em que foi proferida decisão condenando a União ao pagamento das diferenças relativas aos cinco exercícios financeiros anteriores à interposição da ação.

6. Conforme consta dos documentos na peça 39, p. 3, foram destinados, na forma de precatórios, R\$ 1.934.254,31 ao escritório Maranhão Advogados Associados e R\$ 752.210,01 a João Azêdo e Brasileiro Advogados Associados.

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador SÉRGIO RICARDO COSTA CARIBÉ

7. Em consonância com o item 9.1.1 do Acórdão 2.904/2020-TCU-Plenário, a SecexEducação procedeu à citação solidária do Sr. Leocádio Olímpio Rodrigues, ex-prefeito municipal, com os escritórios Maranhão Advogados Associados e João Azêdo e Brasileiro Advogados Associados, pela parcela paga a cada um deles.

8. De posse das defesas apresentadas, exceto pelo Sr. Leocádio Olímpio Rodrigues, a unidade técnica propõe, em uníssono, julgar irregulares as contas dos responsáveis, condenando-os ao ressarcimento do débito correspondente aos honorários advocatícios custeados com recursos do Fundef e aplicando-lhes multa. Adicionalmente, sugere determinação para que a prefeitura adote medidas com vistas à anulação do contrato firmado.

9. A meu ver, o encaminhamento sugerido afigura-se adequado.

10. O pagamento de honorários advocatícios com recursos do Fundef ocorreu em diversos municípios do Estado do Maranhão, conforme identificado na auditoria que motivou a instauração desta TCE e em outras cujo escopo abrangeu outras unidades da federação. Desse modo, o Tribunal já se debruçou sobre o tema anteriormente, tendo firmado, por meio do Acórdão 1.824/2017-TCU-Plenário, o seguinte entendimento:

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;

11. Tal entendimento reflete a interpretação a ser conferida ao art. 212 da Constituição Federal, no sentido de que a parcela dos recursos oriundos da receita de impostos nele indicada devem ser aplicados pelos entes federados exclusivamente na manutenção e desenvolvimento do ensino.

12. Recentemente, a Emenda Constitucional 114/2021 voltou a tratar da vinculação da aplicação dos recursos referentes à complementação paga pela União no âmbito do Fundef às ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme dispositivo a seguir reproduzido:

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.

13. Por sua vez, a Lei 11.494/2007, que regulamentou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), substituto do Fundef, preconizou o uso de tais recursos da mesma forma que a Carta Magna, ou seja, exclusivamente em ações da educação básica pública, vedando, inclusive, a utilização para financiamento de outras despesas.

14. Cumpre esclarecer que a regulamentação do Fundeb foi recentemente alterada pela Lei 14.113/2020, mas sem que houvesse mudança quanto à obrigatoriedade de destinação dos recursos na forma constitucionalmente prevista, o que reforça o entendimento acerca da vinculação na aplicação dos valores na manutenção e desenvolvimento da educação.

15. No caso da ação patrocinada pelos escritórios, tinha por objetivo impor à União o pagamento da complementação do valor do VMMA, cujo cálculo incorreto durante alguns exercícios ocasionou repasses menores a diversos municípios brasileiros. A condenação do Governo Federal gerou a expedição dos precatórios em favor dos entes federativos, dos quais foram indevidamente abatidos os valores para pagamento dos causídicos.

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador SÉRGIO RICARDO COSTA CARIBÉ

16. Sobre o assunto, cabe tratar da forma como ocorreu a contratação pelo ente federativo, visto inexistir processo administrativo formalizando-a, bem como em razão da fixação dos honorários não ter obedecido a parâmetros razoáveis, se levado em consideração o contexto à época.

17. O contrato de honorários advocatícios na peça 39, p. 70-72, contém cláusula *ad exitum*, fixando o percentual de retribuição em 20% sobre o valor que o contratante efetivamente recuperasse. Não obstante a argumentação dos escritórios acerca da observância ao Estatuto da OAB, percebe-se que não foi adequadamente analisado pelo município o preço cobrado pelo escritório, conforme se verá a seguir.

18. Como dito anteriormente, o pagamento a menor do VMAA foi objeto de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, com decisão desfavorável à União, que se viu obrigada a efetuar o repasse das diferenças aos entes federativos, com sentença transitada em julgado em 1º/7/2015. Paralelamente ao trâmite do referido processo, desencadeou-se enxurrada de ações de cobrança por parte dos municípios prejudicados, a fim de obterem o repasse da complementação devida.

19. Assim, é possível inferir que a prefeitura realizou contratação cujo êxito era praticamente certo e que não exigiria maiores esforços para seu alcance. Nessa linha, resta ferido, por reflexo, um dos pilares para contratar escritório de advocacia sem licitação, qual seja, a notória especialização, visto que o tema, à época da celebração da avença, já estava em construção jurisprudência favorável aos municípios que deixaram de receber o VMAA com base no cálculo correto.

20. Corroborando a falta de complexidade da causa a existência de ações semelhantes patrocinadas pelo escritório João Azêdo e Brasileiro Advogados Associados, visto integrar o polo passivo de outras tomadas de contas especiais em trâmite neste Tribunal, cada uma abrangendo municípios que efetuaram contratações nos mesmos moldes. Isso sem levar em conta o quantitativo de causas em curso na justiça à época, o qual se refletiu em outros inúmeros processos instaurados em decorrência das auditorias realizadas por esta Corte de Contas, nos quais figuram como responsáveis diversos escritórios de advocacia.

21. Nesse contexto, a meu ver, inexistia singularidade no serviço capaz de ensejar a fixação de honorários em valor tão expressivo, o que exigiria, do gestor probo e diligente, maior zelo na realização de despesa vultosa, sobretudo por advirem os recursos de cofre público federal e por sua expressa vinculação legal às ações de manutenção e desenvolvimento da educação.

22. Embora reconheça ser devido o pagamento dos honorários advocatícios em razão da atuação no processo que resultou exitoso, a retribuição aos escritórios deveria ter ocorrido mediante utilização de recursos de outra fonte, que não os precatórios do Fundef.

23. Nem mesmo a argumentação relativa à possibilidade de o pagamento dos honorários ser custeada com a parcela correspondente aos juros moratórios deve prosperar, visto já estar decidido por este Tribunal que a natureza dos recursos não se desvirtua com base em tal parâmetro, devendo também ser empregada nas ações de desenvolvimento e manutenção do ensino.

24. O tema foi detidamente abordado em outras tomadas de contas especiais com o mesmo objeto, nas quais se concluiu, conforme votos condutores dos Acórdãos 2.093/2020 e 2.758/2020, ambos do Plenário, que os juros dos precatórios, por sua natureza acessória, têm a mesma natureza do principal. Não é possível, portanto, imprimir-lhes caráter distinto, na tentativa de conferir legalidade à sua destinação a outras despesas, que não aquelas originariamente previstas na Constituição Federal e na norma de regência.

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador SÉRGIO RICARDO COSTA CARIBÉ

25. Em relação à nulidade do contrato firmado, irregularidade repetida em outros municípios piauienses, afigura-se oportuno transcrever trecho do voto condutor do Acórdão 8.118/2021-TCU-1ª Câmara, da lavra do Exmo. Ministro Benjamin Zymler:

34. No que concerne à declaração de nulidade do contrato firmado pelo município com o escritório de advocacia, os argumentos dos responsáveis não devem ser acolhidos.

35. Como ressaltou a unidade técnica, a declaração de nulidade do contrato, que poderia ocorrer pela via administrativa ou judicial, não constitui requisito para que este Tribunal atue a fim de que eventual dano ao erário seja devidamente recomposto.

36. Ademais, embora não se esteja buscando a nulidade do contrato, mesmo que se admita a prescrição decenal, não se observa a ocorrência do instituto, pois o pagamento dos honorários advocatícios ocorreu em 7/12/2016, não tendo o prazo de dez anos ocorrido até a presente data.

26. O mesmo ocorre em relação ao contrato firmado entre o escritório de advocacia e o Município de Serrano/MA, cuja nulidade foi arguida em sede de citação e não constituiria, por si só, óbice à persecução da recomposição dos cofres federais vinculada ao desvio de finalidade identificado. No caso ora em análise, os pagamentos ocorreram em 25 e 27/4/2018, quando se materializou o dano ao erário, de modo que o transcurso de tempo também não pode ser utilizado como argumento para sustar a cobrança ou a aplicação de multa aos responsáveis.

27. No contexto acima delineado, à luz dos dispositivos legais que regem a aplicação dos recursos do Fundef e tendo em vista que não foram apresentados elementos capazes de desconstituir a irregularidade ou de afastar o entendimento construído por meio do voto condutor da decisão que originou esta TCE, cabe a exigência de devolução dos valores recebidos a título de honorários advocatícios.

28. Não obstante a exposição de posicionamento quanto ao mérito, registro que Vossa Excelência proferiu despacho determinando o sobrestamento do TC 017.801/2020-6, até o trânsito em julgado da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 528, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão considerando possível a utilização da parcela correspondente aos juros dos precatórios do Fundef para o pagamento dos honorários. Nesse sentido, afigura-se oportuna a adoção da mesma medida neste processo até o deslinde da questão, dado o impacto da permanência do entendimento até o momento construído pelo STF sobre o débito em discussão nestes autos.

29. Diante do exposto, este membro do Ministério Público de Contas sugere o sobrestamento do feito até a apreciação definitiva da ADPF 528 pelo STF, após o que deverão ser analisados eventuais reflexos sobre esta tomada de contas especial.

(assinado eletronicamente)

Sérgio Ricardo Costa Caribé

Procurador