

VOTO

Trata-se de auditoria de conformidade realizada em Municípios do Estado de Pernambuco para verificar a aplicação dos recursos dos precatórios do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), abrangendo o período de 1/01/2005 a 09/11/2018.

Esta fiscalização configura parte de ampla auditoria coordenada – TC 018.130/2018-6 – com a participação de vários Tribunais de Contas de Estados, 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).

O citado acórdão decorreu 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), no qual 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;

O 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 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, 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 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 referida 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 de reais**.

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

O volume de recursos fiscalizados alcançou o montante de **R\$ 225.803.607,83**, correspondente ao valor total dos precatórios do Fundef recebidos pelos Municípios de: Bezerros (R\$ 4.604.699,05); Camocim de São Félix (R\$ 7.422.722,00); Canhotinho (R\$ 12.066.551,64); Garanhuns (R\$ 27.961.466,34); Brejo da Madre de Deus (R\$ 26.054.670,72); Capoeiras (R\$ 2.499.121,61); Lajedo (R\$ 14.684.049,95); Vertentes (R\$ 7.625.840,49); Barra de Guabiraba (R\$ 2.721.733,46); Belo Jardim (R\$ 21.795.599,04); Custódia (R\$ 23.171.429,19); Panelas (R\$ 14.438.307,07); Calçado (R\$ 5.786.424,05); Jucati (R\$ 8.683.978,28); Correntes (R\$ 13.067.069,87); Jupi (R\$ 12.455.484,23) e de Casinhas (R\$ 11.068.495,79).

A 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 e

II) pagamento de honorários advocatícios com recursos dos precatórios do Fundef;

II

A equipe de fiscalização apurou que houve o **pagamento de honorários advocatícios** com os recursos dos precatórios do Fundef, por meio de destaque judicial, nos Municípios de Garanhuns, Brejo da Madre de Deus, Capoeiras, Belo Jardim, Bezerros, Camocim de São Félix, Canhotinho, Vertentes, Barra de Guabiraba, Lajedo, Custódia, Panelas, Calçado, Jucati, Correntes, Jupi e Casinhas.

As contratações do escritório de advocacia foram irregulares e ocorreram por indevida inexigibilidade de licitação, porquanto o ajuizamento de ação judicial para cobrar as diferenças da complementação do Fundef não se reveste de singularidade, tampouco a sociedade de advogados contratada detém notória especialização, requisitos necessários para contratação direta por inexigibilidade, a qual é exceção à regra da licitação e apenas é admitida na 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 Pernambucanos 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.

A ausência de licitação, aliada à estipulação, nos contratos, de alto percentual de honorários, a título de êxito, ensejou o recebimento indevido, pelos escritórios de advocacia, de milhões de reais pelo ajuizamento de demandas 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 o entendimento firmado pelo Plenário desta Corte por ocasião do Acórdão 1.824/2017.

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 específicas da área da educação, legalmente definidas, 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, decidiu, também, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Recurso Especial 1.703.697/PE (Relator 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

advocáticos. 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.

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 2.553/2019 - Plenário (ambos de minha relatoria).

III

A equipe de auditoria verificou que, no **Município de Camocim de São Félix**, os recursos dos precatórios do Fundef foram **depositados em conta da Prefeitura**, não vinculada à área da educação.

Em razão disso, propõe chamar em audiência o prefeito à época dos fatos para que apresente razões de justificativa por não ter depositado os recursos provenientes dos precatórios do Fundef em conta vinculada ao referido fundo nem em conta específica.

Todavia, a unidade técnica não verificou se, mesmo não depositados em conta específica, os recursos foram destinados a ações de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), como determinado pelos itens 9.2.2.2, 9.2.3, 9.4.2 e 9.4.3, do Acórdão 1824/2017 – Plenário.

Por conseguinte, deve ser determinado que conclua o trabalho de fiscalização, previamente à realização de audiência do ex-prefeito, tendo em vista que a destinação de referidos recursos a outros gastos pode impactar na responsabilidade do gestor.

IV

No capítulo do relatório referente às limitações dos trabalhos, a equipe de auditoria apontou a pouca força de trabalho e o tempo limitado, registrando não ter sido possível examinar todas as informações dos municípios recebedores dos precatórios do Fundef.

Nesse contexto, informou não ter sido analisado se houve despesas na área de educação que não se enquadrariam em manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), tampouco se houve pagamentos a profissionais da educação básica com esses recursos.

Em acréscimo, quanto à questão do pagamento a profissionais da educação com os recursos dos precatórios, a equipe afirmou ter adotado, como marco temporal da irregularidade, a data

da publicação do Acórdão 1.518/2018 – Plenário (20/7/2020) e, ainda, que, “em rápida análise”, concluiu que os pagamentos efetuados aos professores são anteriores a essa data, não havendo, assim, proposta de encaminhamento a se fazer.

No capítulo do relatório referente aos processos conexos, a equipe fez menção ao **TC 031.649/2016-5**, em apenso, que trata de possíveis irregularidades ocorridas no **Município de Cabo de Santo Agostinho** na destinação de parte dos recursos provenientes dos precatórios do Fundef para pagamento de profissionais da educação.

Afirmou que, segundo informações prestadas pelo Município, houve pagamento a professores, em dezembro de 2016, no montante de R\$ 18.531.956,11. Assim, segundo o marco temporal adotado pela equipe de auditoria, também não haveria proposta de encaminhamento.

Ocorre que o Acórdão 1824/2017 – Plenário determinou, expressamente, à Segecex fosse verificado se os recursos dos precatórios foram aplicados em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), sem nenhum corte temporal.

O Acórdão 1.518/2018 – Plenário, no âmbito do TC 020.079/2018-4, referendou medida cautelar adotada, no sentido de determinar aos entes federados beneficiários dos precatórios do Fundef que se abstivessem de realizar pagamentos a profissionais do magistério, ou a quaisquer outros servidores públicos, a qualquer título, com os recursos dos precatórios, até decisão de mérito do TCU.

O Acórdão 2866/2018 – Plenário, decisão de mérito proferida no TC 020.079/2018-4, firmou entendimento de os recursos dos precatórios do Fundef não podem ser utilizados para pagamento de rateios, abonos indenizatórios, passivos trabalhistas ou previdenciários, remunerações ordinárias ou de outras denominações de mesma natureza.

Todavia, nem o Acórdão 2866/2018, nem o Acórdão 1.518/2018, ambos do Plenário, criaram entendimento novo que não poderia retroagir em prejuízo à segurança jurídica. Ao menos desde 1996 os recursos do Fundef devem ser aplicados em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), assim definidos no art. 70, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 60, do ADCT, e Leis 9.394 e 9.424, ambas de 1996).

Esse é o entendimento que está sendo adotado por esta Corte, a exemplo dos Acórdãos 2553/2019 e 2802/2019, ambos do Plenário.

O TCU vem repudiando, energicamente, o simples pagamento de rateios e abonos aos profissionais da educação sem nenhuma contraprestação e de forma completamente incompatível com os objetivos das instituições de ensino (art. 70, *caput*, da LDB) e com a valorização sustentável dos profissionais de ensino, como previsto no Plano Nacional de Educação, independentemente da data em que esses pagamentos indevidos ocorreram.

Quanto ao pagamento de passivos trabalhistas e previdenciários, também está determinando a restituição dos aludidos valores à conta específica dos precatórios do Fundef, porquanto, da mesma forma, não podem ser enquadrados como despesas de MDE, como definidas no art. 70, da LDB.

A depender do momento em que ocorreram, esta Corte vem aceitando, apenas, o pagamento de remuneração ordinária dos profissionais da educação, em razão de entendimento já manifestado do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e da literalidade do inciso I, do art. 70, da LDB.

Verifico que boa parte das questões de auditoria não foram adequadamente respondidas no presente trabalho, o que enseja determinação à Segecex para que supra as lacunas aqui evidenciadas.



A liberdade para propor encaminhamentos, prerrogativa das unidades técnicas do Tribunal, não as autoriza a fazer cortes temporais e de informações que tornem incompleta a instrução do processo e limitem a tomada de decisão desta Corte.

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 22 de abril de 2020.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator