

Tribunal de Contas da União
Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto

Ofício 0351/2017-TCU/SecexEducação, de 25/8/2017
Natureza: Notificação

Processo TC 005.506/2017-4

Ao Senhor

SILVIO DE SOUSA PINHEIRO

Presidente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE

SBS - Quadra 02, Bloco F, Sala. 01, 11 ° Andar - Ed. FNDE

70.070-929 - Brasília - DF

Senhor Presidente,

1. Notifico Vossa Senhoria de que este Tribunal, mediante Acórdão 1824/2017-TCU-Plenário, apreciou o processo TC 005.506/2017-4, que trata de Representação acerca de possíveis irregularidades na destinação de verbas oriundas de pagamento de precatórios aos municípios que fazem jus a diferenças na complementação, devida pela União, no âmbito do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef).
2. Por oportuno, encaminhado para conhecimento, em especial do item 9.3, cópia do referido Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam.
3. Por dever de ofício, informo que o não cumprimento de determinação deste Tribunal poderá ensejar a aplicação da multa prevista no art. 58, § 1º, da Lei 8.443/1992, a qual prescinde de realização de prévia audiência, nos termos do art. 268, § 3º, do Regimento Interno/TCU.
4. Solicito, ainda, especial atenção para as informações complementares contidas no Anexo I deste ofício, as quais integram a presente comunicação.

Atenciosamente,

Assinado eletronicamente

ISMAR BARBOSA CRUZ

Secretário

Endereço: SAFS Qd 4 Lote 1 - Anexo III - sala 119 - SAFS - 70042-900 - Brasília / DF

Fax: (61) 3316-7535 - email: secexeduc@tcu.gov.br

Atendimento ao público externo: dias úteis, de segunda a sexta-feira, das 10 às 18 horas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58004426.



Tribunal de Contas da União

Continuação do Ofício 0351/2017-TCU/SecexEducação

fl. 2 de 2

ANEXO I – INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

- 1) O Tribunal, em respeito ao princípio da ampla defesa, encontra-se à disposição, por meio de suas Secretarias, para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais dúvidas ou sobre procedimentos a serem adotados, efetuar a atualização de dívida, em caso de débito e/ou multa, bem como conceder vista e cópia dos autos, caso solicitados.
- 2) É possível requerer vista eletrônica dos autos, por meio do Portal TCU (www.tcu.gov.br > aba cidadão, serviços e consultas > e-TCU Processos > vista eletrônica de processos), exceto no caso de processos/documentos sigilosos. Para tanto, devem ser providenciados o credenciamento e a habilitação prévia do responsável e/ou do procurador, no endereço eletrônico mencionado.
- 3) Ressalta-se que a interposição de embargos de declaração é causa de mera suspensão e não de interrupção de prazo para os demais recursos, nos termos do artigo 34, § 2º, da Lei 8.443/1992 e do Acórdão 373/2009-TCU-P.

Nossa Missão: Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo.

Nossa Visão: Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável.

ACÓRDÃO Nº 1824/2017 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 005.506/2017-4.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII - Representação
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgãos/Entidades: Advocacia-Geral da União; Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF; Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação; Ministério da Educação.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto (SecexEduc).
8. Representação legal: não há
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pelo Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Estado do Maranhão (MPE/MA) e Ministério Público de Contas do Maranhão (MPC/MA) acerca de possíveis irregularidades na destinação de verbas oriundas de pagamento de precatórios aos municípios que fazem jus a diferenças na complementação, devida pela União, no âmbito do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 235 e 237, incisos I e VII e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la inteiramente procedente;

9.2. firmar os seguintes entendimentos em relação aos recursos federais, decorrentes da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef e ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb:

9.2.1. a competência para fiscalizar a aplicação desses recursos complementares é do Tribunal de Contas da União, ainda que esses pagamentos decorram de sentença judicial, uma vez que são recursos de origem federal;

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:

9.2.2.1. recolhimento integral à conta bancária do Fundeb, prevista no art. 17 da Lei 11.494/2007, a fim de garantir-lhes a finalidade e a rastreabilidade; e

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;

9.3. determinar, com base no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 e art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) que, no prazo de 90 (noventa) dias, crie mecanismos no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (Siope) que evidenciem as receitas e as despesas vinculadas à Lei 11.494/2007 oriundas de condenação judicial transitada em julgado (ACP 1999.61.00.050616-0 e processos similares) e institua

controles no sistema que permitam a rastreabilidade da aplicação desses recursos, possibilitando, assim, a plena verificação da regular aplicação desses valores;

9.4. determinar à Segecex que, com o suporte da SecexEducação e das unidades sediadas nos Estados:

9.4.1. identifique todos os estados e municípios beneficiados pela condenação judicial transitada em julgado (ACP 1999.61.00.050616-0 e processos similares) e certifique-se de que os recursos federais foram integralmente recolhidos à conta bancária do Fundeb, prevista no art. 17 da Lei 11.494/2007;

9.4.2. na hipótese de verificar a utilização dos recursos em finalidade distinta da explicitada no item 9.2.2.2 anterior, ou em caso de não recolhimento dos valores à conta do Fundeb, comunique o respectivo ente federativo da necessidade de imediata recomposição dos valores à referida conta;

9.4.3. caso não comprovada a recomposição dos recursos, de que trata o item anterior, na conta do Fundeb, adote as providências cabíveis para a pronta instauração da competente tomada de contas especial, fazendo incluir, no polo passivo das TCEs, além do gestor responsável pelo desvio, o município que tenha sido irregularmente beneficiado pelas despesas irregulares e, quando for o caso, o terceiro irregularmente contratado ou que, de qualquer forma, tenha concorrido para a prática do dano ao Erário;

9.5. determinar, com base no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 e art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Educação (MEC), respaldado no art. 30, I, III e IV, da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb), que, no prazo de 15 dias, utilizando-se dos meios mais eficazes de que dispõe, encaminhe aos estados e municípios que têm direito a recursos provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do Fundeb, referente a 1998 a 2006, oriundos da ACP 1999.61.00.050616-0, ou de ações similares na esfera judicial ou administrativa, cópia integral desta deliberação, alertando-os de que os recursos de complementação da União de verbas do Fundeb, obtidos pela via judicial ou administrativa, devem ser utilizados exclusivamente para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, sob pena de responsabilidade do gestor que lhes conferir outra destinação;

9.6. determinar aos municípios beneficiados pela ACP 1999.61.00.050616-0 que não promovam pagamento de honorários advocatícios com recursos oriundos da complementação da União ao Fundeb/Fundeb, bem como não celebrem contratos que contenham, de algum modo, essa obrigação;

9.7. encaminhar cópia desta decisão, acompanhada do relatório e voto que a fundamentam, aos Tribunais de Contas Estaduais de Alagoas, Maranhão, Paraíba, Pernambuco e Piauí, bem como aos Tribunais de Contas dos Municípios da Bahia, do Ceará e do Pará, informando-os do entendimento acerca da impossibilidade de os recursos transferidos, a título de complementação, da União para o Fundeb/Fundeb, comporem o cálculo do mínimo a ser aplicado em manutenção e desenvolvimento do ensino, expresso no *caput* do art. 212 da Constituição, conforme expresso nas normas de contabilidade pública, em especial no Manual de Demonstrações Financeiras emitido pela STN (Portaria STN 403/2016), bem como, a título de colaboração, aos Tribunais de Contas dos demais Estados da federação;

9.8. encaminhar cópia deste processo, para as finalidades que entenderem cabíveis, ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, à Procuradoria da União no Maranhão (PU/MA), ao Ministério Público dos Estados de Alagoas, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Bahia, Ceará e Pará, ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União, ao Ministério Público Federal (MPF) e à Polícia Federal;

9.9. encaminhar, a título de colaboração, cópia desta decisão, acompanhada do relatório e voto que a fundamentam, aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, informando-os de que este Tribunal firmou o entendimento de que, por força do art. 60, do ADCT, com a redação conferida pela

EC 14/1996, é inconstitucional e ilegal a destinação de valores de precatórios relacionados a verbas do Fundef/Fundeb para o pagamento de honorários advocatícios;

9.10. autorizar a Segecex, em conjunto com demais secretarias do Tribunal, a:

9.10.1. compartilhar as informações/documentos necessários à atuação conjunta e coordenada dos órgãos parceiros da Rede de Controle no âmbito de suas esferas de competência, seja cível ou criminal;

9.10.2. realizar, caso necessário, eventuais ações em conjunto, como diligências, fiscalizações e operações visando a obtenção de elementos comprobatórios adicionais e a conjugação de esforços no sentido do alcance da máxima efetividade no tocante ao ressarcimento dos recursos desviados e a correspondente responsabilização dos agentes públicos e terceiros que deram causa aos danos que venham a ser comprovados

10. Ata nº 33/2017 – Plenário.

11. Data da Sessão: 23/8/2017 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1824-33/17-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 005.506/2017-4

Natureza(s): Representação

Órgãos/Entidades: Advocacia - Geral da União; Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF; Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação; Ministério da Educação

Representação legal: não há

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO MARANHÃO. IRREGULARIDADES NA DESTINAÇÃO DO PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DEVIDA PELA UNIÃO NO ÂMBITO DO EXTINTO FUNDEF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONDENANDO A UNIÃO AO PAGAMENTO DOS VALORES JÁ TRANSITADA EM JULGADO. CONTRATAÇÃO DE TRÊS ESCRITÓRIOS DE ADVOGACIA, POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, COM A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS CORRESPONDENTES A 20% DO ÊXITO, POR CENTO E DEZ MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO. RISCO DE DESVIO DE RECURSOS CONSTITUCIONALMENTE VINCULADOS À EDUCAÇÃO PARA O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS EM RAZÃO DO ARTIGO 22, §4º, DA LEI 8906/1994. VINCULAÇÃO DE ORDEM CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM FINALIDADE DIVERSA. PLÚRIMAS IRREGULARIDADES. DANO AO ERÁRIO. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE QUE DEU CAUSA AOS DESVIOS. IRREGULARIDADES GRAVÍSSIMAS. DETERMINAÇÕES.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a instrução (peça 60) que contou com a aquiescência do Titular da Unidade Técnica (peça 62), *in verbis*:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, *inaudita altera pars*, acerca de possíveis irregularidades na destinação do pagamento de precatórios aos municípios que ingressaram em juízo em relação às diferenças na complementação devida pela União no âmbito do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), sucedido pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

HISTÓRICO

2. A SecexEducação elaborou instrução inicial, em 22/3/2017 (peça 8), com proposta de conhecimento do expediente, bem como a adoção de medida cautelar e realização de oitivas ao Fundo

Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), à Advocacia-Geral da União (AGU) e à Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

3. O Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, em substituição ao Ministro-Relator Walton Alencar, proferiu despacho, em 29/3/2017 (peça 12), com determinação para realização de oitiva prévia do FNDE, para manifestação sobre o pedido de medida cautelar formulado pelos representantes e o item 81, II, da proposta de encaminhamento da Secex/Educação (peça 8). O FNDE deveria informar ainda eventuais orientações já expedidas aos estados e municípios e outras medidas adotadas para garantir que os recursos transferidos pela União a título de diferença no cálculo da complementação, no âmbito do Fundef/Fundeb, sejam gastos exclusivamente em ações de educação.

4. O FNDE encaminhou a resposta em 12/4/2017 (peça 15).

5. Em 19/4/2017, a SecexEducação fez nova instrução (peça 16), com nova proposta de adoção de medida cautelar, bem como a realização de oitivas ao FNDE, à AGU e à STN.

6. O Ministro-Relator Walton Alencar proferiu despacho, em 25/4/2017 (peça 19), com determinação para realização de diligências ao FNDE, à AGU e à STN, nos termos propostos pela SecexEducação. Todavia, entendeu que a medida cautelar anteriormente proposta teria caráter definitivo e se confundiria, propriamente, com o mérito do feito, deixando assim de acolhê-la.

7. A diligência dirigida ao FNDE solicitou as seguintes informações acompanhadas de documentação comprobatória, nos termos do despacho do Min. Relator (peça 19, p. 4):

a.1) documentação acostada aos autos da ACP 1999.61.00.050616-0, em 15/7/2016, em resposta ao despacho disponibilizado em 15/6/2016 (peça 3, p. 21), indicando os valores que foram efetivamente pagos a cada município e os valores que deveriam ter sido pagos segundo o critério fixado na sentença;

a.2) tabela discriminando os valores devidos pela União a cada município em razão da mencionada ação civil pública;

a.3) situação em que se encontram as tratativas com a AGU para a obtenção de um controle acerca do número de ações judiciais ajuizadas e dos municípios autores;

a.4) tabela discriminando os municípios que já receberam tais recursos;

a.5) medidas adotadas para compatibilizar o recebimento, de uma só vez, de valor bastante elevado por diversos municípios com os respectivos planos de educação, visando ao melhor aproveitamento desses recursos, o que incluiria a possibilidade afastamento da subvinculação de 60% prevista nos artigos 7º, da Lei 9.424/1996 (Fundef), e 22, da Lei 11.494/2007 (Fundeb);

a.6) medidas adotadas para o controle da aplicação dos recursos exclusivamente em ações de educação, como o planejamento de fiscalizações e a expedição de normativos, sobretudo considerando o risco de escritórios de advocacia contratados por municípios requererem o pagamento direto de seus honorários contratuais por ocasião da expedição do respectivo precatório (artigo 22, §4º, da Lei 8.906/1994);

8. A resposta do FNDE foi protocolizada no dia 13/6/2017 (peça 46). Porém, os anexos indicados no Ofício 17008/2017/Cgfse/Digef-FNDE, não acompanharam o referido documento. Diante disso, após solicitação por e-mail, os anexos foram acostados ao processo (peça 54).

9. A resposta reafirma, a respeito da aplicação dos recursos provenientes dos precatórios das ações judiciais atinentes ao Fundef, os termos da Nota Técnica 5006/2016-DIGEF/FNDE (peça 15, p. 10-18), elaborada especificamente em relação ao processo judicial 2003.40.00.0032892, e validada pela Procuradoria Federal junto ao FNDE para a presente resposta ao TCU, com base na Nota 00210/2017/COJAD/FNDE/PGF/AGU (peça 15, p. 3-7).

10. Em sua resposta, o FNDE, por meio da Procuradoria Federal junto a entidade (PF/FNDE), salientou que tem orientado os entes governamentais a utilizarem os recursos dos precatórios em estrita observância aos preceitos da Lei 11.494/2007, em consonância com os subsídios técnicos constantes da Nota Técnica 5006/2016. As orientações já expedidas consistiram no encaminhamento da referida

nota técnica aos entes governamentais que, após a obtenção do crédito, procuraram apoio técnico junto ao FNDE, com a finalidade de obter subsídios para a utilização dos recursos.

11. Porém, ressaltou a PF/FNDE, que a competência para o fornecimento de dados das ações judiciais e/ou das tratativas travadas com a AGU seria externa ao FNDE. Ocorre que com base na Portaria Conjunta/AGU 01/2014, a competência para a atuação judicial em matérias referentes ao Fundef/Fundeb é da Procuradoria-Geral da União (PGU), e não da PF/FNDE. Diante disso, recomendou provocar a PGU, “para que, se entender cabível, *se manifeste quanto à solicitação ora submetida ao FNDE*” (peça 54, p. 7).

12. A ausência de tal informação, no entanto, não compromete o prosseguimento do presente feito, visto que a listagem dos estados que receberam complementação entre 1998 e 2006 é pública. Embora, diante do silêncio da PGU, não se possa determinar quais municípios já ingressaram com ações judiciais, tem-se que todos os municípios dos estados listados receberam recursos da complementação da União e, por conseguinte, têm direito a pleitear o cumprimento da sentença da ACP 1999.61.00.050616-0. A referida listagem dos estados que receberam a complementação foi divulgada anualmente por meio de portarias, conforme tabela abaixo:

Ano	Estados que receberam complementação da União	Fonte
1998	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 341, de 23.12.1998
1999	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 349, de 24.09.1999
2000	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 354, de 29.09.2000
2001	AL, BA, CE, MA, PA, PB e PI	Portaria MF nº 288, de 27.09.2001
2002	BA, MA, PA e PI	Portaria MF nº 27, de 30.01.2002
2003	BA, MA, PA e PI	Portaria MF nº 10, 24.01.2003
2004	AL, BA, CE, MA, PA e PI	Portaria MF nº 400, 20.12.2004
2005	AL, MA, PA e PI	Portaria MF nº 41, 29.03.2005
2006	MA e PA	Portaria MF nº 40, 03.03.2006

13. Quanto à STN, a sua resposta (peças 29 e 30), como será melhor exposta na seção “Exame Técnico”, evidenciou que o órgão tão somente atua na liberação de recursos relativos aos precatórios “**de forma global**”, em conformidade com os valores dispostos na Lei Orçamentária e em consonância com o cronograma de desembolso publicado pelos Tribunais competentes.” (grifos no original - Peça 30, p. 2).

14. Assim, a STN não possui competência para interferir nos pagamentos dos precatórios, na ordenação dos pagamentos ou nas contas para os quais serão direcionados. Também não possui competência para retirar destaques, determinados pelo judiciário, para pagamento de honorários advocatícios.

15. Finalmente, a resposta da AGU (peça 44) esclareceu que o órgão já vem adotando medidas judiciais com o objetivo de evitar o pagamento direto de honorários contratuais aos escritórios de advocacia por ocasião da expedição dos precatórios (artigo 22. § 4º, da Lei 8.900/1994), considerando o entendimento de que é indevida a destinação dos recursos de complementação do Fundef para o pagamento de honorários.

16. Porém, a AGU também pontuou que a referida tese tem enfrentado decisões adversas no judiciário, principalmente no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Quando o assunto foi levado ao Supremo Tribunal Federal (STF), a Suprema Corte não vem dando provimento aos recursos por entender que a ofensa à Constituição seria somente indireta (peça 44, p. 8), não tendo julgado o mérito dos processos no que concerne ao desvio de finalidade na aplicação dos recursos.

17. Todas as questões atinentes aos pronunciamentos das entidades e órgãos ouvidos que possam impactar a presente instrução serão mais bem analisadas na seção “Exame Técnico”.

EXAME TÉCNICO

a) Fatos narrados e pedido dos representantes (peça 1)

18. Os órgãos representantes alegaram, em síntese, a existência de três ilegalidades envolvendo os pagamentos, devidos por municípios do estado do Maranhão, de serviços prestados por escritórios de advocacia (honorários advocatícios), relacionados a ações judiciais para o recebimento dos valores decorrentes de diferenças na complementação devida pela União no âmbito Fundef (peça 1, p. 2-3):

(...) a primeira concernente à celebração de contrato mediante inexigibilidade de licitação, sem a presença dos requisitos legais autorizadores insculpidos no art. 25 da Lei 8.666/93, e sem a necessária competitividade que garanta a higidez do preço pactuado; a segunda consistente na pactuação de risco que não estabelece preço certo na contratação e que vincula a remuneração do contratado a um percentual sobre o crédito a ser auferido em desacordo com os arts. 5º, 6º, VIII, e 55, III e V, da Lei 8.666/93, e a terceira relacionada à previsão de pagamento do contratado com recursos que possuem destinação vinculada à manutenção e desenvolvimento da educação de qualidade. (Grifo nosso)

19. Inicialmente, os representantes expõem o contexto fático sobre a questão, seguido dos fundamentos jurídicos.

20. Relatam que, em decorrência do acompanhamento do Diário Oficial do Estado do Maranhão, sobre a situação ora tratada, foi detectada a publicação de extratos de contratos de prestação de serviços de advocacia firmados, por inexigibilidade de licitação, entre 110 municípios do Estado do Maranhão e três escritórios de advocacia, sendo que apenas um desses escritórios foi contratado por 105 municípios (João Azêdo e Brasileiro Sociedade de Advogados).

21. Por força do art. 6º da Lei do Fundef (Lei 9424/96), era dever da União complementar os recursos dos fundos regionais sempre que não seja alcançado o valor mínimo anual por aluno (VMAA), definido nacionalmente. O valor repassado a título de complementação foi subestimado pela União.

22. O direito de pleitear as diferenças da complementação do Fundef já se encontrava prescrito na data da assinatura dos sobreditos contratos. Com efeito, embora não tenham declarado em suas propostas (peça 3, p. 10-16), os serviços prestados pelos referidos escritórios consistem unicamente no manejo de cumprimento de sentença coletiva proferida na ACP 1999.61.00.050616-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal de São Paulo, já transitada em julgado. Noutro dizer, os escritórios valeram-se da Ação Civil Pública patrocinada pelo MPF, já em fase de cumprimento de sentença pelo *Parquet*, para protocolizarem 149 pedidos de cumprimento perante a Justiça Federal — Seção Judiciária do DF, em relação a municípios de diversos estados da Federação (todas estas, no caso, pelo escritório João Azêdo e Brasileiro Sociedade de Advogados).

23. Dessa forma, tais contratos seriam, além de ilegais, lesivos ao patrimônio público e ao patrimônio educacional, uma vez que, como já em andamento a execução da ação civil pública do MPF/SP, que importará no recebimento integral, por cada município, das diferenças que lhes são devidas, depender com honorários advocatícios 20% dos valores recuperados é conduta antieconômica, que causa enormes prejuízos aos cofres públicos e aos alunos do ensino público, isto sem contar os honorários de sucumbência.

24. A respeito dos questionamentos dos cálculos a serem feitos sobre a complementação da União, sempre a menor, o STJ decidiu, pelo rito dos recursos repetitivos, pelo dever da União de efetuar o cálculo do VMAA na forma determinada em lei, e repassar aos entes federados os valores que deixaram de ser complementados quando dos repasses dos recursos do Fundef (REsp 1.105.015/BA).

25. Assim, para os municípios que receberam complementação da União entre 1998 e 2006, a questão encontra-se sedimentada na jurisprudência, não possuindo nenhuma complexidade, sendo incompatíveis, na opinião dos representantes, os honorários advocatícios que vêm sendo pagos.

26. O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), em Nota Técnica 426/2017/NAE/MA/ Regional/MA, citada pelos representantes (peça 1, p. 3), destaca o seguinte:

(...) além de se tratar de cumprimento de sentença, a apuração dos valores exige simplesmente a elaboração de planilhas Excel com fórmulas padrão, que poderão ser utilizadas para todos os municípios em cadeia, alterando-se somente os dados particulares de cada um: quantidade de alunos do censo escolar do ano anterior e o valor do FUNDEF recebido à época, para determinar a diferença a ser paga. Afora esses parâmetros, tudo será padrão para todos os municípios". (...) Demais disso, todas essas variáveis necessárias para o cálculo já constam dos autos da ACP 1999.61.00.05.0616-0, tendo em vista que o Juízo da 19ª Vara da Justiça Federal em São Paulo determinou ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE que os apresentasse, conforme Despacho disponibilizado no Diário Eletrônico em 15/06/2016 (...).

27. Com base nesses aspectos, alegam haver a irregularidade na contratação dos escritórios mencionados, pelos municípios maranhenses (peça 3, p. 1-4), com base em inexigibilidade, por inexistir singularidade ou complexidade do objeto contratual.

28. Além disso, alegam que a forma de pagamento aos escritórios de advocacia, prevista nos contratos, é irregular, pois é condicionada ao êxito dos créditos futuramente recuperados pelo ente contratante, estipulado no percentual de 20% do crédito destacado na própria execução. Consiste, assim, em contrato de risco, sem estabelecer o valor líquido a ser pago (preço certo), nem o crédito pelo qual correrá a despesa, em descumprimento ao arts. 55, III e V, da Lei 8.666/93.

29. Os representantes transcrevem jurisprudência por tribunais de contas estaduais (Prejulgado 1199-TCE/SC, Decisão PL 100/2012-TCE/MA, Decisão PL 718/2014-TCE/MA), no entendimento sedimentado de que somente é admissível o contrato de risco (*ad exitum*) na Administração Pública quando o poder público não gasta qualquer valor, sendo a remuneração do contratado exclusivamente os honorários pela sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados em juízo. Mesmo assim, o contrato de risco não exonera a administração da realização do processo licitatório, salvo os casos de dispensa de licitação e inexigibilidade previstos em lei.

30. Segundo a jurisprudência apontada pelos representantes, não é admissível a celebração de contrato pela Administração Pública onde esteja previsto que o contratado perceberá, a título de remuneração, um percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais. O contrato de risco, nesse sentido, é incompatível com o regime jurídico dos contratos administrativos, vez que não estabelece preço certo na contratação.

31. Além da ilegalidade da remuneração do escritório contratado, os representantes alegam que os pagamentos aos advogados não podem ser viabilizados por meio de destaque de percentual do precatório, pois provém de recursos do Fundef, os quais possuem aplicação vinculada à finalidade do fundo.

32. Se o motivo da condenação da União foi por depósitos insuficientes na conta vinculada do Fundef, então o destino dessa diferença ao município deve ser, por imperativo lógico e jurídico, a própria finalidade do Fundef sucedido pelo Fundeb, devendo sua aplicação ser vinculada à educação.

33. Alegam, de modo geral, um Fundo pode ser definido como “o produto de receitas específicas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos”, conforme dispõe o art. 71 da Lei 4.320/64.

34. Nesse sentido, os recursos do Fundef, como fundo especial, somente deveriam ser aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu magistério, nos termos do art. 2º da Lei 9.424/96, a fim de diminuir a desigualdade social existente no país e atender, assim, a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso III, da Constituição Federal).

35. A legislação do Fundeb, que substituiu o Fundef com a edição da Emenda Constitucional 53/2007, também veda a utilização de seus recursos em despesas não relacionadas à manutenção e desenvolvimento da educação básica de qualidade, conforme arts. 2º, 21 e 23 da Lei 11.494/2007:

Art. 2º Os Fundos destinam-se à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração, observado o disposto nesta Lei.

(...)

Art. 21. Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de complementação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no art. 70 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

(...)

Art. 23. É vedada a utilização dos recursos dos Fundos: I - no financiamento das despesas não consideradas como de manutenção e desenvolvimento da educação básica, conforme o art. 71 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996;

36. Os representantes transcrevem trechos do relatório do Acórdão 5940/2014-TCU-2ª Câmara (relator Min. Weder De Oliveira) em que, embora afirmem que a competência fiscalizatória de contrato similar aos ora tratados seria dos tribunais de contas estaduais, não deixou de analisar e apontar as irregularidades já mencionadas em cláusulas contratuais.

37. Ressaltaram, ainda, que o art. 22, parágrafo 4º, da Lei Federal 8.906/94 (Estatuto da OAB), invocado no contrato como forma de garantir ao advogado a possibilidade de que os honorários lhe sejam pagos diretamente, por dedução do que vier a ser recebido pelo constituinte, antes de expedir-se o precatório, colide frontalmente com o que estipula a previsão constitucional haurida do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), razão pela qual a questão deve ser decidida sob a premissa do que determina a Constituição e a Lei do Fundo.

38. Dessa forma, os representantes requereram ao TCU (peça 1, p. 19) a expedição de medida cautelar, *inaudita altera pars*, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU, para determinar:

a) à Secretaria do Tesouro Nacional, que deposite ou destine o pagamento dos precatórios relacionados ao tema FUNDEF/VMAA em CONTA ESPECIFICA que tenha sua aplicação vinculada a ações em educação;

b) ao Ministério da Educação/FNDE, para que proceda aos cálculos do valor devido a cada um dos municípios maranhenses listados na presente Representação, a título de diferenças do FUNDEF/VMAA, como forma de obstar-se contratações ilegais escudadas em "inexigibilidade de licitação" que não atende aos ditames da lei; e ainda, diante da necessidade de disciplinamento da situação, para que regulamente o fluxo de pagamento das diferenças devidas a cada Município;

c) alternativamente, que esse r. Tribunal determine outras providências que entender cabíveis no sentido de garantir a correta destinação dos recursos que venham a ser recebidos pelos municípios a título de recuperação de crédito do VMAA, em ações voltadas à educação.

d) que seja dado ciência aos Ministérios Públicos signatários e à Justiça Federal, Subseções Judiciárias do Distrito Federal, do Maranhão e do Estado de São Paulo, dos termos da decisão cautelar proferida.

b) Análise

39. Uma vez que a medida cautelar já fora indeferida pelo Min. Relator (peça 19, p. 4), a presente instrução visa avaliar a questão objeto da presente representação oferecendo proposta de mérito com relação à problemática ora enfrentada.

40. Os representantes alegam, em síntese, que, (I) a partir de irregularidades nas contratações firmadas por entes municipais do estado do Maranhão com escritórios advocatícios, a fim de reaver a diferença no repasse subestimado do valor anual mínimo por aluno (VMAA) pela União na

complementação do então Fundef, (II) parte dos recursos auferidos com a execução judicial do objeto contratual (precatório) são destacados, pelo juiz da causa, para o pagamento dos honorários advocatícios, (III) contrariando a constituição e a legislação do referido fundo, que vinculam sua aplicação apenas em despesas com manutenção e desenvolvimento da educação básica.

41. Assim, percebe-se que a problemática trazida pelos representantes tangencia três questões distintas, porém interligadas, a saber: (I) irregularidades contratuais nos ajustes assinados entre municípios e escritórios de advocacia; (II) precatórios destacados para o pagamento de honorários advocatícios; e (III) a vinculação da aplicação dos recursos do Fundef.

42. Apesar da interligação existente entre as três questões acima expostas, tem-se que a competência do TCU para atuar no presente caso concentra-se na problemática concernente à questão (III) a qual envolve a vinculação dos recursos do Fundef para aplicação exclusiva em despesas com manutenção e desenvolvimento da educação básica – seguindo a diretriz atual do Fundeb.

43. Especifica-se, contudo, cada uma dessas questões nos parágrafos que seguem.

(I) Irregularidades contratuais nos ajustes assinados entre municípios e escritórios de advocacia

44. Sabe-se que a análise das cláusulas contratuais dos ajustes firmados entre municípios e escritórios de advocacia envolve a aplicação de leis locais, inclusive o normativo local de licitação aplicável a cada caso. Além disso, não há, ao menos *a priori*, o envolvimento de recursos federais no momento da assinatura dos referidos contratos, razão pela qual, a competência para analisar a legalidade de tais ajustes pertence ao tribunal de contas competente para fiscalizar as contas do respectivo município/estado envolvido.

45. Nessa seara, já se observam, inclusive, medidas recentes de tribunais de contas locais. O Tribunal de Contas do Estado do Maranhão (TCE/MA) e o Tribunal de Contas do Estado de Alagoas (TCE/AL), por exemplo, determinaram cautelarmente a suspensão de pagamentos decorrentes de contratos firmados com diversos municípios desses estados (peça 3, p. 33-37, e peça 5).

46. Em processo similar, no TCU, envolvendo a contratação de advogados pelo município de Timon/MA, a matéria ora discutida foi abordada por esta Corte de Contas nos autos do TC 016.887/2014-0. Com base no pedido da AGU, conforme fundamentado em seu voto, o relator, Ministro Weder de Oliveira, asseverou o seguinte:

5. (...) a competência para apreciar a legalidade do contrato em tela não é deste Tribunal, mas do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Não cabe ao TCU deliberar sequer sobre o pedido da representante de adoção de cautelar para suspender os efeitos da contratação questionada. (Voto condutor do Acórdão 5940/2014-TCU-Segunda Câmara)

47. Todavia, embora não competente para atuar diretamente nessa seara, em nome do zelo para com a coisa pública, pode o TCU tomar medidas de prevenção ao desvio de finalidade de recursos públicos. Nesse sentido, deve-se encaminhar cópia da decisão tomada no âmbito deste processo – informando acerca dos indícios de possíveis irregularidades na contratação de escritórios de advocacia, apontadas na presente seção – aos Tribunais de Contas subnacionais que possuam a competência para atuar nesse âmbito.

48. Desse modo, entende-se que a competência do TCU nessa matéria limita-se a uma atitude preventiva, a qual representará zelo para com os recursos públicos envolvidos, possibilitando, ainda, prevenir a ocorrência do supracitado desvio de finalidade na aplicação de recursos do Fundef.

(II) precatórios destacados para o pagamento de honorários advocatícios

49. Em relação aos destaques realizado no âmbito de precatórios para fins de pagamentos de honorários advocatícios contratuais, tem-se que estes são autorizados com base no art. 22, parágrafo 4º, da Lei 8.906/94, que garante ao advogado o direito de retenção do percentual de honorários

contratuais, se requerido, mediante a juntada do contrato, antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório.

50. É com base no supracitado normativo que o STJ vem reconhecendo ser legítimo o destaque em precatórios para pagamento de honorários advocatícios. Tal posicionamento pode ser notado em diversas decisões do STJ colacionadas pela AGU (peça 44, p. 4 – 9), as quais podem ser resumidas no seguinte entendimento:

A previsão constitucional de vinculação à educação da verba do FUNDEF não retira do patrono o direito de retenção dos honorários, pois a sua atuação decorre das verbas educacionais. Recursos especiais improvidos (REsp 1.509.457, rel. Humberto Martins, Segunda Turma. publicado no DJe de 07.10.2016)

51. Como se observa, o que esteve em discussão no STJ foi, mormente, o direito que o patrono teria de reter honorários advocatícios: esse era o valor jurídico em discussão. Tal direito que os advogados possuem não deve ser enfrentado nesta instrução, visto que isso foge à competência do TCU.

52. Embora pareçam as questões trazidas pelos representantes aparentem estar intrinsecamente relacionadas, há notória separação entre o questionamento acerca dos destaques para pagamento de honorários e a questão da vinculação da aplicação dos recursos do Fundef. São assuntos diferentes, que merecem análise em separado, como se observa nos seguintes precedentes judiciais:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO DO VALOR MÍNIMO ANUAL POR ALUNO - VMAA DO FUNDEF. COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR DO FUNDO PELA UNIÃO. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. RETENÇÃO DE 20% (VINTE POR CENTO). POSSIBILIDADE. ART. 22, § 4º, DA LEI Nº 8.906/94

(...) 2. **Não há nenhum óbice a que sejam retidos, na hipótese, os honorários contratuais em questão** (...). É de ressaltar que, não é admissível nesta demanda executiva a discussão acerca da legalidade referente ao contrato de honorários advocatícios firmado entre o gestor municipal e o escritório de advocacia, ora agravante, e suas cláusulas. **Não obstante tal vedação, resta a possibilidade em ação autônoma ou através do Ministério Público se promover a fiscalização/investigação de possível desvio de finalidade de verba pública da educação**, bem como a responsabilização daqueles que firmaram o contrato em detrimento do erário público. (grifos inseridos) (TRF-5ª R., 2ª T., AG 126413/PE, rel. Des. Francisco Wildo Lacerda Dantas, DJE 13/09/12, p. 465).

Incumbe à UNIÃO apenas proceder ao pagamento dos valores devidos e reconhecidos no título judicial exequendo, restando a possibilidade de, em ação autônoma, ou através do Ministério Público, promover **a fiscalização/investigação de possível desvio de finalidade de verba pública da educação**, com a responsabilização daqueles que firmaram o contrato em detrimento do Erário. (Voto do Relator, Des. Paulo Machado Cordeiro, acompanhado pela Terceira Turma do TRF 5, na Apelação Cível 578610, DJE 06/05/2015, p. 76).

53. Em tais precedentes percebe-se como a questão merece tratamento distinto. Não deve o TCU adentrar na seara de como o Judiciário deve proceder em relação aos destaques para pagamento de honorários. Existe, porém, uma problemática independente onde a atuação do TCU é necessária: o desvio de finalidade na aplicação de recursos do Fundef para pagamento de honorários de advogados. Isso sim é matéria de competência da Corte de Contas.

54. Em tal distinção reside a razão pela qual se deve indeferir a solicitação dos representantes para determinar à STN “que deposite ou destine o pagamento dos precatórios relacionados ao tema FUNDEF/VMAA em CONTA ESPECIFICA que tenha sua aplicação vinculada a ações em educação”. Tem-se assim que nem o TCU nem a STN possuem qualquer ingerência no manejo dos precatórios.

55. Como já explicitado, não possui o TCU qualquer competência para interferir no destaque dos precatórios. Há, inclusive, julgados do STJ, já expostos, que, de fato, garantem aos advogados o recebimento de honorários mediante destaque direto nos precatórios.

56. Não compete ao TCU tal tipo de interferência, nem mesmo à STN, tal como ela expôs: “cumpre informar que compete às unidades orçamentárias do Poder Judiciário a discriminação da relação dos precatórios, a especificação da ordem cronológica dos pagamentos e dos valores a serem pagos, bem como a efetiva emissão da ordem bancária para o pagamento do precatório” (Peça 30, p. 2).

57. A STN tão somente atua na liberação de recursos relativos aos precatórios direcionados “aos órgãos do poder judiciário, de forma global, em conformidade com os valores dispostos na Lei Orçamentária e em consonância com o cronograma de desembolso publicado pelos Tribunais competentes.” (Peça 30, p. 2)

58. Dessa forma, não cabe ao TCU interferir na condução da ordem de pagamento dos precatórios, nos seus valores, nas possíveis retenções para pagamentos de honorários e nem ainda determinar a conta em que os precatórios devem ser depositados. Enfim, não cabe ao TCU qualquer determinação quanto à operacionalização dos pagamentos de precatórios.

59. Diante disso, percebe-se que não é o cerne da questão trazida na presente representação a análise do correto manejo dos precatórios, nem ainda o destaque efetuado neles para pagamentos de honorários.

60. A independência entre as referidas questões também se encontra subsidiada pelo despacho, proferido pelo Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, o qual indeferiu a admissão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) na condição de *amicus curiae* no presente feito. O referido despacho bem resumiu a distinção entre as problemáticas ora enfrentadas: “Ocorre que a presente representação não tem como objeto a contratação de serviços advocatícios, mas a vinculação constitucional e legal dos recursos do Fundef/Fundeb e, portanto, da consequente vinculação dos valores devidos à título de complementação por parte da União.” (peça 45, p. 1 – grifos inseridos).

61. Assim, embora esta Corte de Contas não esteja vinculada às decisões do juízo cível, com base na independência da instância administrativa, é importante ressaltar que a presente instrução não atacará as referidas decisões judiciais acerca, especificamente, do tema dos precatórios.

62. O presente encaminhamento, em seção própria, passará ao largo dessa questão, focando-se apenas no desvio de finalidade advindo do pagamento de honorários com verbas vinculadas à educação. Não se discutirá, portanto, a possibilidade de retenção em precatórios para pagamento de honorários, visto que essa possibilidade já está assentada na jurisprudência do STJ e do STF.

63. Contudo, algumas decisões do STJ, de fato, além de garantirem o direito ao destaque em precatórios para pagamento de honorários, afirmaram ainda que não ocorre desvio de finalidade “uma vez que, ao defender municípios credores dessa verba constitucional, o patrono está atuando na defesa constitucional da educação” (REsp 1.509.457, voto do Min. rel. Humberto Martins, Segunda Turma, STJ, publicado no DJe de 07.10.2016).

64. Ressalta-se, porém, que se adota nesta instrução, respaldando-se na independência das instâncias judiciais e administrativas, a posição de que há, sim, evidente desvio de finalidade na utilização de verbas do Fundef para pagamentos de honorários advocatícios, conforme será exposto em seção própria, em que se demonstrará que atuar na defesa de recursos educacionais e aplicar recursos em Educação são coisas totalmente distintas.

65. Tal desvio de finalidade ocorre sempre que o pagamento é feito utilizando-se recursos da União proveniente do Fundef, seja quando isso é feito por meio da retenção de honorários ou por outro meio

qualquer. Caso o município use seus próprios recursos, aí sim não caberia a afirmação de desvio de finalidade. Nesse sentido, cita-se o seguinte precedente:

Os honorários advocatícios contratuais devem ser pagos aos patronos contratados pelo ente Público através da verba própria e não com retenção de verba vinculada, sob pena de violação ao texto constitucional, retirando da destinação do FUNDEF cerca de R\$1.600.000,00 (Voto do Relator, Des. Paulo Machado Cordeiro, acompanhado pela Terceira Turma do TRF 5, na Apelação Cível 578610, DJE 06/05/2015, p. 76)

66. Assim, nesta seção, apenas demonstrou-se que a estrita análise da retenção de percentual de precatórios para pagamentos de honorários foge à competência do TCU. Todavia, não pode a Corte de Contas deixar de se manifestar quanto ao desvio de finalidade existente quando da realização de pagamentos de honorários com recursos do Fundef, razão pela qual, destina-se a próxima seção à discussão de tal problemática.

(III) A vinculação da aplicação dos recursos do Fundef

67. No que tange à vinculação da aplicação dos recursos do Fundef, os fatos noticiados apresentam aspecto temporal à vigência desse Fundo, o qual foi criado pela Emenda Constitucional (EC) 14/96, que alterou o art. 60 do ADCT, com duração de dez anos (1996 a 2006) e disciplinado pela Lei 9.424/96.

68. Com a promulgação da EC 53/2006, que conferiu nova redação ao art. 60 do ADCT, o Fundef foi substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), regulamentado, por sua vez, pela Lei 11.494/2007.

69. Por força do art. 6º da Lei do Fundef (Lei 9424/96), era dever da União complementar os recursos dos fundos regionais sempre que não seja alcançado o valor mínimo anual por aluno (VMAA), definido nacionalmente. O valor repassado a título de complementação foi subestimado pela União, segundo jurisprudência sedimentada no poder judiciário.

70. Com relação às ações judiciais existentes, conforme relatado pelos representantes (peça 1, p. 3) e detalhado pela CGU, em Nota Técnica 430/2017/NAE/MA/Regional, de 13/3/2017 (peça 3, p. 17-31), as ações atualmente ajuizadas pelos municípios decorrem da Ação Civil Pública 1999.61.00.050616-0, proposta pelo Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, em que se discutiu a forma de cálculo do valor anual mínimo por aluno (VMAA), para fins de complementação da União, e, assim, reaver a diferença nos valores pagos a menor pela União, desde 1998 até o ano em que persistiu a ilegalidade.

71. A sentença da referida ação foi proferida em 2005 pela Justiça Federal de São Paulo, julgando-a parcialmente procedente, com condenação da União para ressarcir o Fundef. A decisão transitou em julgado em 1/7/2015, após a interposição de recursos pela União.

72. Assim, como se observa, os recursos a serem repassados aos estados/municípios – embora advenham de pagamentos a serem efetuados via precatórios – têm origem vinculada aos recursos provenientes do Fundef. Uma vez que a origem desses recursos é vinculada ao referido fundo, conclui-se que sua destinação também deve ser vinculada às finalidades do Fundef/Fundeb, a saber, o dispêndio exclusivo em manutenção e desenvolvimento do ensino.

73. Em processo similar, a matéria ora discutida foi abordada pelo TCU nos autos do TC 016.887/2014-0, que versou sobre representação formulada pela Advocacia Geral da União, por sua Procuradoria da União no Maranhão (PU/MA), tratando especificamente do processo judicial 1641-87.2012.4.01.3702, tendo como parte o município de Timon/MA.

74. Naqueles autos, entretanto, a questão recebeu enfoque distinto, relacionado à regularidade das cláusulas contratuais. A AGU, em sua peça inicial, requereu ao TCU análise acerca da legalidade do contrato de honorários advocatícios firmado entre o município de Timon/MA e o escritório de

advocacia Monteiro e Monteiro Advogados Associados, bem como requereu suspender os efeitos de tal contratação.

75. Com base no pedido da AGU, conforme fundamentado em seu voto, o relator, Ministro Weder de Oliveira, asseverou o seguinte:

5. (...) a competência para apreciar a legalidade do contrato em tela não é deste Tribunal, mas do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Não cabe ao TCU deliberar sequer sobre o pedido da representante de adoção de cautelar para suspender os efeitos da contratação questionada.

6. Entretanto, a partir do despacho judicial que deferiu a separação de 20% do total a ser pago ao município a título de diferenças da complementação dos recursos do FUNDEF para quitação dos honorários contratuais (peça 1, p. 4/7 e 25), **existe, certamente, o risco de haver aplicação dos recursos federais em desacordo com os objetivos previstos no ordenamento jurídico**". (Grifos inseridos)

76. Dessa forma, considerando o princípio da independência das instâncias e a inexistência, naquele momento, de prejuízos ao erário, pois a ação judicial estava pendente de decisão definitiva dos embargos à execução, a Corte de Contas, mediante Acórdão 5940/2014-TCU-Segunda Câmara, considerou procedente a representação, decidindo **dar ciência** ao Município de Timon/MA de que:

9.3. (...) **os recursos do FUNDEF, por expressa destinação constitucional e previsão legal, não podem ser reduzidos para pagamento de honorários advocatícios devidos por município**, somente podendo ser destinados à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à valorização dos profissionais da educação. (Acórdão 5940/2014, TCU, 2ª Câmara, Rel. Min. Weder de Oliveira) (Grifos inseridos)

77. O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCM/BA), por sua vez, expediu a Resolução 1346/2016 (peça 7), regulamentando a contabilização e aplicação dos créditos recebidos pelos municípios decorrentes de precatórios, oriundos de diferenças das transferências do Fundef, com o intuito de vincular tais recursos exclusivamente à função Educação.

78. Examinando, neste momento, a questão apenas sob a ótica da vinculação da aplicação dos recursos do Fundef, cabe reforçar que a ocorrência de transferência da União aos estados e municípios a título de complementação do Fundef/Fundeb confere ao TCU competência para fiscalizar tais repasses e sua aplicação, por se tratar de recursos federais, em consonância com jurisprudência pacífica deste Tribunal (Acórdãos TCU 2584/2014-TCU-Plenário, 5684/2014-TCU-1ª Câmara, 3686/2014-TCU-2ª Câmara, e 665/2009-TCU-Plenário).

79. É importante salientar, diante dos precedentes citados acima, que a competência para atuar no controle dos recursos oriundos do Fundef é do TCU, mormente diante de decisões de Tribunal de Contas Estadual as quais contrariam a supracitada decisão do TCU. O TCE/AL, por exemplo, por meio do acórdão 1.128/2016, decidiu (peça 58, p. 7-8):

a) Determinar ao Município de Novo Lino/AL, que reserve e aplique o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) do valor a ser calculado sobre o precatório a ser recebido através da Ação Judicial nº 001111848.2003.4.05.8000 (...) na área da educação, sob a denominação Parcela Diferida do FUNDEB (...);

b) Deve também reservar e aplicar 15% (quinze por cento) dos valores (...) para investimento na área da Saúde, nos termos da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.

c) Também deve reservar o numerário suficiente para quitar os salários dos Servidores que estiverem em atraso, bem como, seus fornecedores tanto na área da educação como na área da Saúde.

(...)

e) O restante dos valores poderá ser utilizado pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, em investimento e melhorias para o bem estar dos municípios (...); (grifos inseridos)

80. Como se observa no trecho transcrito acima, tem-se que o TCE/AL além de invadir área de competência do TCU – a saber, recursos vinculados à educação, repassados pela União – adotou ainda interpretação questionável, permitindo total liberdade na aplicação de parte dos recursos, e estabelecendo outros critérios sem amparo legal. O trecho a seguir transcrito demonstra que a posição do TCE/AL se baseou mormente na escassez de recursos municipais, desprezando normativos legais e constitucionais (peça 58, p. 6):

Contudo, é fato público e notório que o numerário referente aos Fundos de Participação dos Municípios estão sendo encaminhados pela União Federal em valores cada vez menores, razão pela qual, determinar a aplicação de todo o valor a ser recebido somente na educação, seria desprezar as demais áreas.

81. Desse modo, o argumento apresentado não deve prosperar, pois não devem os Tribunais de Contas modificar a vontade do legislador, desvinculando recursos que a Constituição e a legislação federal claramente vincularam a uma finalidade específica.

82. Assim, mesmo que esses recursos da União sejam repassados por meio de precatório, proveniente do Tesouro Nacional, a natureza de sua despesa permanece vinculada ao Fundef, cuja aplicação deve ser exclusiva no ensino, por força da Constituição Federal e lei específica. Ou seja, se os recursos repassados pertencem à complementação da União ao Fundef, compete ao TCU a fiscalização para que sua aplicação seja destinada para a finalidade específica, prevista constitucional e infraconstitucionalmente.

83. Nessa mesma linha de entendimento, o STJ, em sua Segunda Câmara, no âmbito do REsp. 1409240/PE (Relator Ministro OG Fernandes), decidiu o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. RETENÇÃO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. VERBA DO FUNDEF. ACÓRDÃO COM DUPLO ENFOQUE. SÚMULA 126/STJ. INVIABILIDADE DO APELO NOBRE.

1. Hipótese em que a Corte Regional deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela União para obstar, na expedição do precatório, o destaque de 20% dos honorários advocatícios contratuais do montante devido ao Município de Jurema a título de complementação de verbas do FUNDEF.

2. O Tribunal de origem entendeu presente o interesse da União e inviável a retenção do valor contratual, porque a verba do FUNDEF, por expressa destinação constitucional (art. 60 do ADCT, CF/88), não pode ser reduzida para pagamento de honorários advocatícios devidos pelo Município ao escritório de advocacia. Decidida a questão com duplo enfoque, constitucional e infraconstitucional, e não interposto recurso extraordinário, é inadmissível o apelo nobre pelo óbice constante da Súmula 126/STJ.

3. Recurso especial não conhecido. (REsp 1409240/PE - recurso especial 2013/0338953-3 - DJe de 3/2/2014)

84. Por outro lado, o STJ apresentou, posteriormente, posição divergente em diversos julgados, tal como no julgamento do REsp. 1.649.857/PE, sob a relatoria do Mauro Campbell Marques, conforme o seguinte trecho da ementa da decisão:

5. Contudo, não há desvio de finalidade, por parte do ente federativo credor, quando requer que parte dos valores, recebidos por força de decisão judicial, sejam destinados a cobrir o custo que teve com o próprio processo, na hipótese em que, judicialmente, resta reconhecido que a União não cumpriu integralmente a sua obrigação de complementar os recursos do Fundo. (REsp 1.649.857, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, publicado no DJe de 05.05.2017)

85. Não obstante a divergência nos precedentes citados do Poder Judiciário, ressalta-se que a sentença proferida pelo juízo cível, sob qualquer fundamento, não vincula a decisão administrativa proferida pelo TCU, em razão do princípio da independência das instâncias (Acórdão 131/2017-TCU-Plenário).

86. Desse modo, entende-se que a vinculação dos recursos do Fundef é impositiva, não podendo haver qualquer outra utilização que não contemple a finalidade constitucional e infraconstitucional conferida ao Fundef/Fundeb, que é a aplicação de seus recursos exclusivamente no ensino. Nesse sentido, a Lei Complementar 101, em seu art. 8º, parágrafo único, é taxativa nos seguintes termos: “Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso” (grifos inseridos).

87. As decisões judiciais, conforme já mencionado, além do embasamento na Lei 8.906/1994, têm se baseado também no entendimento de que “ao defender municípios credores dessa verba constitucional, o patrono está atuando na defesa constitucional da educação” (REsp 1.509.457, voto do Min. rel. Humberto Martins, Segunda Turma, STJ, publicado no DJe de 07.10.2016).

88. Porém, percebe-se que o art. 60, IV, ADCT, da Constituição Federal, é claro ao afirmar que “os recursos recebidos à conta dos Fundos instituídos nos termos do inciso I do caput deste artigo serão aplicados pelos Estados e Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal.”

89. Ora, o § 2º do art. 211 da Constituição afirma que “os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. Ou seja, combinando os dispositivos, vê-se claramente que a vinculação existente limita o uso dos recursos em tela exclusivamente a despesas com educação infantil e fundamental. Não se fala em defesa em juízo dos recursos educacionais. Não se trata, tampouco, do uso genérico para fins da educação ou à sua defesa. Trata-se sim de vinculação de recursos para uso exclusivo, por parte dos municípios, no ensino fundamental e na educação infantil.

90. Com base no exposto, considera-se que os argumentos dos representantes são coerentes, no sentido de que as verbas do Fundef, a título de complementação da União, mesmo pagas por meio de precatório, não podem ser reduzidas para pagamento de honorários advocatícios, somente podendo ser destinadas à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à valorização dos profissionais da educação, nos termos dos arts. 2º e 21 da Lei 11.494/2007 e do art. 60, IV, ADCT, da Constituição Federal.

91. Com relação à violação ao art. 60 do ADCT, é importante o TCU ter uma posição clara e contundente a respeito do tema. Ocorre que muitos Recursos Extraordinários a respeito da presente problemática deixaram de ser julgados em virtude de o juízo *a quo* não ter fundamentado sua decisão com base no dispositivo constitucional, de modo que o entendimento corrente é de que a ofensa à constituição seria meramente indireta, a exemplo da seguinte decisão:

(...) No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustenta-se violação ao art. 60 do ADCT, da mesma Carta. A pretensão recursal não merece acolhida. Do exame dos autos e da leitura atenta ao julgado de origem, verifica-se que a instância *a quo* decidiu a lide amparada na legislação ordinária pertinente (...)sendo certo que eventual ofensa à Constituição seria apenas indireta, o que é insuficiente para amparar o apelo extremo. (STF - ARE: 1046379 CE - CEARÁ 0802763-37.2015.4.05.0000, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 30/05/2017, Data de Publicação: DJe-116 02/06/2017)

92. Assim, o entendimento defendido na presente instrução é de que os recursos originalmente advindos do Fundef não podem ser reduzidos para pagamento de honorários advocatícios contratuais, de modo que o uso desses recursos para pagamento de advogados constitui-se em ato ilegal e inconstitucional, violando, respectivamente a Lei 11.494/2007 e o art. 60, IV, ADCT, da Constituição Federal.

93. Nesse aspecto, considerando que a Lei 9.424/96 (Fundef) encontra-se revogada, é importante ressaltar que a aplicação dos recursos decorrentes da diferença na complementação da União na

vigência do Fundef deve ser amparada nas regras da Lei do Fundeb (Lei 11.494/2007). Este último normativo estipula o seguinte:

Art. 21. Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de complementação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no art. 70 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

94. O mencionado dispositivo da Lei 9.394/96 enumera e esclarece bem quais ações podem ser consideradas como sendo de manutenção e desenvolvimento da educação básica:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;

VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

95. Desse modo, resta claramente definida a vinculação da aplicação dos recursos oriundos do Fundef/Fundeb. Conclui-se, assim, diante de todo o exposto, que o uso de recursos originalmente vinculados ao Fundef para pagamento de honorários advocatícios configura destinação de verba vinculada ao Fundeb para finalidade diversa da educação, contrariando previsão constitucional e infraconstitucional.

96. Assim, com vistas à efetividade da atuação desta Corte de Contas relativamente à matéria, entende-se que a decisão a ser proferida deve alcançar todos os municípios que devem ser beneficiados com a correção da complementação subestimada, os quais podem ser prejudicados com o desvio de finalidade tratado nestes autos.

97. Ademais, frisa-se que o que se visa combater, conforme demonstrado, é o desvio de finalidade. Se os honorários forem pagos com recursos dos municípios, não há que se falar, *a priori*, em tal desvio. Todavia, conforme explicitado em seção própria, cabe ao respectivo tribunal de contas estadual ou municipal, quando for o caso, julgar a problemática envolvendo a legalidade dos contratos firmados entre os municípios e os escritórios de advocacia.

98. Tratando-se exclusivamente quanto ao desvio de finalidade, entende-se como prudente a emissão de determinação, com base no art. 30, I, III e IV, da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb), ao MEC no sentido de orientar os municípios para que eles se abstenham de se utilizar de recursos do Fundef para pagamento de honorários advocatícios. Desse modo, a fim de garantir rastreabilidade a esses recursos, eles devem ser depositados nas contas específicas do Fundeb de cada ente. Assim, ainda que o pagamento do precatório ocorra em conta comum, o dinheiro deve ser imediatamente transferido à conta específica do Fundeb.

99. Caso haja desconto no valor do precatório referente ao pagamento de honorários, o município deverá recompor a conta do Fundeb com a quantia destacada, de modo que haja a recomposição da integralidade do valor pago pela União depositado na conta do Fundeb.

100. Além disso, deve-se determinar ao FNDE, que no prazo de 90 (noventa) dias, crie mecanismos no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (Siope) que evidenciem as

receitas e as despesas vinculadas à Lei 11.494/2007 que sejam oriundas de condenação judicial transitada em julgado (ACP 1999.61.00.050616-0 e processos similares) e institua controles no sistema que permitam a rastreabilidade da aplicação desses recursos, possibilitando, assim, a verificação da regular aplicação desses valores.

(III.1) Subvinculação na aplicação dos recursos do Fundef e utilização dos recursos no exercício financeiro em que forem creditados

101. Diante da conclusão de que os recursos devidos pela União aos municípios – no âmbito da Ação Civil Pública (ACP) 1999.61.00.050616-0, referente à complementação da União em função do VMAA – devem seguir vinculados à finalidade do Fundef/Fundeb, surge a questão quanto à necessidade de subvinculação na aplicação dos recursos oriundos de tal ACP.

102. A subvinculação ora em comento diz respeito ao previsto no art. 7º da Lei 9.424/1996 e cuja a essência foi mantida no art. 22 da Lei 11.494/2007: “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.”

103. Consultado a respeito do tema (peça 13), o FNDE se posicionou no sentido de que não cabe, contudo, a prevalência da subvinculação do percentual de 60% do Fundef à remuneração dos profissionais do magistério. Após a exposição de suas razões, apresentou a seguinte conclusão:

21. Não se afigura, pois, coerente que, contrariando a legislação de regência e as metas e estratégias previstas no PNE, 60% de um montante exorbitante, que poderia ser destinado à melhoria do sistema de ensino no âmbito de uma determinada municipalidade, seja retido para favorecimento de determinados profissionais, sob pena de incorrer em peremptória desvinculação de uma parcela dos recursos que deveriam ser direcionados à educação. Isto porque a sua destinação aos profissionais do magistério, no caso das verbas de precatórios, configuraria favorecimento pessoal momentâneo, não valorização abrangente e continuada da categoria, fazendo perecer o fundamento utilizado para a subvinculação, de melhoria sustentável nos níveis remuneratórios praticados.

22. Nesses termos, considerando-se a finalidade dos preceitos que objetivam a valorização dos profissionais do magistério, as metas e estratégias do Plano Nacional de Educação e, por fim, o risco iminente de enriquecimento sem causa, em vista dos elevados montantes constantes dos precatórios das ações relacionadas ao FUNDEF, não se afigura plausível, s.m.j., à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a subvinculação dos recursos dos precatórios à “remuneração” dos profissionais do magistério. (Peça 15, p.16)

104. Nesse sentido, também se posicionou o TCM/BA, por meio da Resolução 1346/2016: “Art. 2º Em estrita obediência ao princípio constitucional da razoabilidade, a proporção prevista no art. 22 da Lei Federal nº 11.494/2007 não se aplica, obrigatoriamente, à utilização dos recursos de que trata o artigo anterior” (peça 7, p. 3).

105. Em termos práticos, devido ao expressivo montante a ser recebido pelos municípios, tem-se como real a possibilidade de aumentos totalmente desproporcionais aos profissionais do magistério, havendo inclusive o risco de superação do teto remuneratório constitucional, caso se aplique a literalidade do supracitado normativo. Quando se esvaírem os recursos extraordinariamente recebidos, não poderão os municípios reduzir salários em virtude da irredutibilidade salarial.

106. Cabe registrar, ainda, que qualquer gasto com remuneração dos profissionais do magistério (criação ou expansão), deve obedecer estritamente aos dispositivos da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), especialmente os arts. 15, 16 e 21, no sentido que tal despesa deve ser acompanhada de estudos sobre o impacto orçamentário-financeiro e compatibilidade com as leis orçamentárias, inclusive com o plano plurianual.

107. Assim, além dos relevantes argumentos do TCM/BA e do FNDE, é importante ressaltar que se torna impossível a obediência absoluta à tal subvinculação em virtude de os recursos advindos de

decisão judicial não representarem um aumento permanente de recursos aos municípios. Assim, caso esses recursos sejam utilizados para o pagamento de pessoal, haverá graves implicações futuras quando exauridas as verbas de origem extraordinária, com potencial comprometimento de diversas disposições constitucionais, tais como a irredutibilidade salarial, e o teto remuneratório constitucional.

108. Nesse mesmo sentido, tem-se que o supramencionado art. 22 da Lei 11.494/2007 estabelece que “recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério”. Desse modo, percebe-se que o normativo incide tão somente sobre os recursos ordinários anuais. Assim, resta prejudicada sua aplicação em casos de montantes extraordinários devido à ausência de continuidade dos recursos recebidos em contraposição à perpetuidade de possíveis aumentos concedidos aos profissionais do magistério.

109. Em linha com tal entendimento, entende-se que a regra existente no art. 21 da Lei 11.494/2007, segundo a qual os recursos do Fundeb “serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados”, deve ser interpretada de forma sistêmica, em conformidade com art. 22, supracitado. Ou seja, em se tratando de recursos extraordinários, que fogem ao correto planejamento municipal, tal regra deve ser flexibilizada, de modo a permitir que os gestores possam definir cronograma de despesas que englobe mais de um exercício.

110. Desse modo, com fulcro no art. 30, I, III e IV, da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb), propõe-se determinar ao MEC que expeça orientação aos municípios interessados no sentido de:

a) utilizarem tais recursos cientes de que, a despeito de os recursos recebidos a título de complementação da União no Fundef, reconhecidos judicialmente, permaneçam com sua aplicação vinculada à educação – conforme determina o art. 60 da ADCT e o art. 21 da Lei 11.494/2007 –, a subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei 11.494/2007 torna-se prejudicada, haja vista que a destinação de 60% dos recursos mencionados para o pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica pode resultar em graves implicações futuras quando exauridos tais recursos, havendo potencial afronta a disposições constitucionais – tais como a irredutibilidade salarial, o teto remuneratório constitucional e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade – e legais, em especial os arts. 15, 16 e 21 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);

b) utilizarem tais recursos cientes de que a aplicação da totalidade deles pode ser definida em cronograma de despesas que englobe mais de um exercício financeiro.

CONCLUSÃO

111. Diante da análise efetuada no âmbito da presente instrução, entende-se como pertinentes os argumentos trazidos pelos representantes em relação à vinculação da aplicação dos recursos do Fundef. Porém, especificamente quanto às irregularidades contratuais nos ajustes assinados entre municípios e escritórios de advocacia, e quanto aos precatórios destacados para o pagamento de honorários advocatícios, não se vislumbrou competência do TCU para atuar.

112. Em relação à questão da vinculação da aplicação dos recursos do Fundef, conclui-se que o TCU, enquanto competente para fiscalizar a aplicação dos recursos da União repassados a título de complementação do Fundeb/Fundef, deve firmar entendimento no sentido de que, por força de normativos legais e constitucionais, tais recursos devem permanecer vinculados ao uso na manutenção e desenvolvimento do ensino.

113. Assim, os créditos originalmente advindos do Fundef não podem ser reduzidos para pagamento de honorários advocatícios contratuais, visto que o uso desses recursos para pagamento de advogados não respeita a vinculação dos recursos do Fundef/Fundeb, constituindo-se em ato ilegal e inconstitucional, violando, respectivamente, a Lei 11.494/2007 e o art. 60, IV, ADCT, da Constituição

Federal.

114. Além disso, conclui-se pela impossibilidade de se manter a subvinculação de no mínimo 60% dos recursos para pagamento de profissionais do magistério. A manutenção de tal subvinculação, no âmbito de uma verba extraordinária, restou prejudicada diante do iminente risco à violação de diversas disposições constitucionais, tais como a irredutibilidade salarial, o teto remuneratório constitucional, e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade.

informações adicionais

115. Conforme atestado pelo Memorando 47 – Presidência (peça 56), o Presidente do TCU, Ministro Raimundo Carreiro, recebeu em audiência, no dia 10/8/2017, Deputados Federais e o Presidente da Federação dos Municípios do Estado do Maranhão (Famem), que apresentaram vasta documentação referente ao presente processo.

116. No referido memorando, o Presidente do TCU remeteu os autos à unidade técnica para que ela o submetesse à consideração do relator.

117. A documentação apresentada na referida audiência consta na peça 57 do presente processo. Nela, traz-se, basicamente, um argumento principal, o qual pode ser resumido pelo entendimento expresso pelo TCM-PA, no voto condutor da Resolução 12.566/ TCM-PA, apresentado pela relatora, Conselheira Mara Lúcia:

Resta-me, portanto, em atenção à consulta formulada, sedimentar entendimento, no sentido de que, **tais créditos possuem natureza indenizatória não vinculada**, ou seja, ressarcimento ao erário. O qual teve que dispender recursos de outras áreas de atuação, sob encargo da municipalidade, com vistas à garantir a correta e integral aplicação na área da educação e, em especial, de valorização do magistério, durante o período consignado, o que permitiria, neste momento, sua aplicação ampla, em ações do município.

Vejo, ainda, como de relevante levantamento técnico, para fortalecimento do entendimento indenizatório de tal parcela e sua desvinculação de aplicação, a comprovação de que a municipalidade, durante os exercícios apurados, para fins de ressarcimento, tenha efetivamente cumprido com os limites de despesas com a educação, o que deverá ser apurado, dentro de cada caso concreto, que eventualmente venha a ser submetido ao TCM-PA. (peça 57, p. 21-22) (grifos no original)

118. No mesmo sentido, o TCE-PB, por meio do Parecer Normativo 5/2015, no voto do Conselheiro-Relator Fernando Rodrigues Catão, trouxe a seguinte manifestação (peça 57, p. 9):

Quando o município chega a receber o valor reivindicado do Governo Federal, isso com frequência ocorre muitos anos depois daquele exercício financeiro em que os recursos deveriam ter sido empregados. Nesse quadro, o gestor público municipal se viu obrigado a utilizar os recursos do orçamento local para cumprir todas as metas educacionais previstas na Constituição e na legislação ordinária. (Manifestação do Ministério Público Especial junto ao TCE-PB, transcrita pelo Conselheiro-Relator Fernando Rodrigues Catão ao fundamentar seu voto)

119. Assim, em suma, os solicitantes da supracitada audiência, seguindo a linha das decisões colacionadas à peça 57, argumentam que, devido ao repasse a menor dos recursos da complementação da União, os municípios precisaram usar de seus próprios recursos para investir em Educação e atingir o limite mínimo constitucional previsto no *caput* do art. 212 da Constituição Federal/1988. Desse modo, como teriam retirado recursos de outras áreas para investir em educação, deveriam agora ser indenizados, de modo que os recursos recebidos oriundos das já mencionadas ações judiciais possuem natureza indenizatória, podendo ser utilizados em qualquer área.

120. Todavia, tal argumentação não merece prosperar. A complementação da União no Fundef/Fundeb não é considerada para o cálculo do mínimo constitucional a ser aplicado na manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), conforme Manual de Demonstrativos Fiscais,

elaborado pela STN para 2017, aprovado pela Portaria STN 403/2016 (ver tópico “Deduções para fins de limite Constitucional”, item 30 – peça 59, p. 316). Assim, os recursos utilizados pelos municípios em educação, necessariamente, deveriam alcançar o mínimo de 25% a ser aplicado em MDE, de modo que qualquer valor que foi aplicado acima desse mínimo, caso tenha havido, o foi de forma voluntária, e nenhuma relação tem com a diferença dos valores da complementação da União.

121. Ao contrário do que parecem supor as decisões acima transcritas (bem como as demais constantes da peça 57), a complementação dos recursos do Fundef feitas pela União não compõe o cálculo do mínimo constitucional. Do contrário, o município, além de aplicar o mínimo de 25% de suas receitas em MDE, deve ainda, necessariamente, aplicar o valor adicional referente à complementação da União. Assim, não há que se falar em caráter indenizatório dos recursos obtidos por via judicial. Seja na data inicial em que deveriam ter sido transferidos aos municípios (entre 1998 e 2006), seja hoje, os recursos permanecem vinculados à educação, independentemente do cálculo do mínimo constitucional.

122. A razão da exclusão dos recursos da complementação da base de cálculo do mínimo constitucional é que tais recursos são, na verdade, recursos oriundos das receitas da União. Assim, eles devem ser deduzidos do cálculo do mínimo constitucional para manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), cuja base de cálculo deve incluir apenas as receitas do respectivo município, conforme se observa no manual da STN (Portaria STN 403/2016):

Como o ente deve aplicar em MDE percentuais mínimos de sua receita estabelecidos constitucionalmente, e considerando que os recursos decorrentes da complementação da União não fazem parte desse cálculo, deve-se, portanto, deduzir as despesas com recursos provenientes da complementação da União, efetivamente aplicadas no exercício, do cálculo do MDE. (Manual de Demonstrativos Fiscais, 7ª Edição, elaborado pela STN para 2017) (Peça 59, p. 341) (grifos inseridos)

123. Desse modo, permanecem os recursos transferidos a título de complementação da União, ainda que por via judicial, como sendo recursos originários da União, sendo o TCU o órgão competente para fiscalizá-los, conforme exposto no item 79.

124. Diante de todo o exposto, em virtude de as decisões colacionadas à peça 57 desconsiderarem os normativos de contabilidade pública aplicáveis ao caso, induzindo à errônea interpretação de que as despesas com recursos da complementação da União comporiam o cálculo do mínimo constitucional, tem-se que elas apresentaram argumento juridicamente inválido para justificar a desvinculação dos recursos do Fundef/Fundeb. Assim, os documentos apresentados no âmbito da supramencionada audiência com o Presidente do TCU não alteram as conclusões anteriormente expostas, as quais resultaram na proposta de encaminhamento a seguir descrita, a qual postula pela vinculação da aplicação de tais recursos à destinação prevista no art. 21 da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

125. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

I) **conhecer** da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso I e VII, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014;

II) **determinar**, com base no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 e art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Educação (MEC), respaldado no art. 30, I, III e IV, da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb), para que, no prazo de 15 dias, utilizando-se dos meios mais eficazes de que dispõe, expeça orientação aos estados e municípios que têm direito a recursos provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do Fundef, referente a 1998 a 2006, oriundos da ACP 1999.61.00.050616-0 ou de ações similares na esfera judicial ou administrativa, no sentido de:

a) utilizarem tais recursos exclusivamente na destinação prevista no art. 21 da Lei 11.494/2007, e na Constituição Federal, no art. 60 do ADCT, esclarecendo que o uso de tais recursos em quaisquer outras destinações, como para pagamento de honorários advocatícios, configura afronta aos dispositivos constitucionais e legais supracitados, cabendo punição aos responsáveis que agirem em desacordo com tal entendimento (item 98);

b) destinarem tais recursos à conta bancária do Fundeb, prevista no art. 17 da Lei 11.494/2007, a fim de garantir rastreabilidade a esses recursos. Assim, ainda que o pagamento do precatório ocorra em conta comum, o dinheiro deve ser imediatamente transferido à referida conta do Fundeb (item 98);

c) recomporem a conta do Fundeb, caso tenha ocorrido a aplicação de tais recursos em fins diversos ao previsto na Lei 11.494/2007, inclusive para pagamento de honorários advocatícios destacados de precatórios, utilizando-se para isso de recursos próprios do município (item 99);

d) utilizarem tais recursos cientes de que, a despeito de os recursos recebidos a título de complementação da União no Fundef, reconhecidos judicialmente, permaneçam com sua aplicação vinculada à educação – conforme determina o art. 60 da ADCT e o art. 21 da Lei 11.494/2007 –, a subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei 11.494/2007 torna-se prejudicada, haja vista que a destinação de 60% dos recursos mencionados para o pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica pode resultar em graves implicações futuras quando exauridos tais recursos, havendo potencial afronta a disposições constitucionais – tais como a irredutibilidade salarial, o teto remuneratório constitucional e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade – e legais, em especial os arts. 15, 16 e 21 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) (item 110);

e) utilizarem tais recursos cientes de que a aplicação da totalidade deles pode ser definida em cronograma de despesas que englobe mais de um exercício financeiro (item 110).

III) **determinar**, com base no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 e art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), que no prazo de 90 (noventa) dias, crie mecanismos no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (Siope) que evidenciem as receitas e as despesas vinculadas à Lei 11.494/2007 que sejam oriundas de condenação judicial transitada em julgado (ACP 1999.61.00.050616-0 e processos similares) e institua controles no sistema que permitam a rastreabilidade da aplicação desses recursos, possibilitando, assim, a verificação da regular aplicação desses valores (item 100).

IV) **encaminhar cópia** da decisão tomada no âmbito deste processo – informando do entendimento do TCU acerca da impossibilidade de os recursos transferidos a título de complementação da União para o Fundef/Fundeb comporem o cálculo do mínimo a ser aplicado em manutenção e desenvolvimento do ensino, expresso no *caput* do art. 212 da Constituição, conforme expresso nas normas de contabilidade pública, em especial no Manual de Demonstrações Financeiras emitido pela STN (Portaria STN 403/2016); bem como dos indícios de possíveis irregularidades na contratação de escritórios de advocacia, conforme itens 44 a 48 da presente instrução, as quais situam-se no âmbito de suas competências – aos seguintes destinatários:

- a) Tribunais de Contas Estaduais de Alagoas, Maranhão, Paraíba, Pernambuco e Piauí;
- b) Tribunais de Contas dos Municípios da Bahia, do Ceará e do Pará.

V) **encaminhar cópia** deste processo:

- a) ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU);
- b) ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Maranhão;
- c) à Procuradoria da União no Maranhão (PU/MA);
- d) ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União;
- f) ao Ministério Público Federal (MPF);



- g) ao Ministério Público do Estado do Maranhão;
 - h) às secretarias de controle externo do TCU, sediadas nos estados de Alagoas, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Bahia, Ceará e Pará.
- VI) **arquivar** este processo com base no art. 169, III, do Regimento Interno/TCU”.

VOTO

Trata-se de representação da lavra do Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Estado do Maranhão (MPE/MA) e Ministério Público de Contas do Maranhão (MPC/MA), com pedido de medida cautelar *inaudita altera parte*, acerca de possíveis irregularidades na destinação do pagamento de precatórios aos municípios que fazem jus a diferenças na complementação devida pela União no âmbito do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef).

Os qualificados representantes noticiam que 110 municípios do Estado do Maranhão firmaram contratos de advocacia com apenas três escritórios, por inexigibilidade de licitação, para pleitear diferenças da complementação do Fundef, devidas pela União, referentes ao período de 1998 a 2006, estipulando honorários contratuais correspondentes a 20% do montante dos valores a ser recebido pelos municípios (*ad exitum*), valores que perfariam, aproximadamente, R\$ 7 bilhões de reais, sendo que, desse valor, R\$ 1,4 bilhão seria então destinado ao pagamento dos honorários dos três escritórios contratados.

Os escritórios contratados, porém, não intentam pleitear tais diferenças em juízo, uma vez que elas já estariam obviamente prescritas, mas buscam se aproveitar do trânsito em julgado da Ação Civil Pública 1999.61.00.050616-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em São Paulo, cuja sentença reconheceu o direito dos municípios à complementação dos valores pagos, à época, a menor, pela União (peça 3, p. 19-20).

Segundo os representantes, nada haveria de complexo ou controverso a ser buscado na via judicial, neste momento processual, uma vez que a causa já se decidiu, fazendo-se necessário apenas apresentar o pedido de cumprimento de sentença perante a Justiça Federal, o que já foi feito pelo próprio MPF, não se justificando tamanho desperdício ou esbanjamento de recursos federais, com a contratação questionável de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de licitação, nem o pagamento do expressivo percentual de 20% sobre o valor total da condenação que já foi obtida pelo MPF.

De inusitado, portanto, já no processo de execução, apenas a contratação dos escritórios de advocacia, para causa já ganha pelo MPF, com o pagamento de mais de R\$ 1,4 bilhão de honorários advocatícios, sendo que, de forma absolutamente suspeita, os 110 municípios apenas optaram por três privilegiados escritórios de advocacia, desprezando a execução proposta pelo MPF e desconsiderando os seus próprios serviços jurídicos.

A Controladoria-Geral da União, por meio da Nota Técnica 426/2017/NAE/MA/ Regional, apresenta idêntico entendimento, ao explicitar tratar-se de serviço advocatício de baixíssima complexidade (peça 1, p. 3) e necessidade:

[...] além de se tratar de cumprimento de sentença, a apuração dos valores exige simplesmente a elaboração de planilhas Excel com fórmulas padrão, que poderão ser utilizadas para todos os municípios em cadeia, alterando-se somente os dados particulares de cada um: quantidade de alunos do censo escolar do ano anterior e o valor do FUNDEF recebido à época, para determinar a diferença a ser paga. Afora esses parâmetros, tudo será padrão para todos os municípios. [...]

Demais disso, todas essas variáveis necessárias para o cálculo já constam dos autos da ACP n. 1999.61.00.05.0616-0, tendo em vista que o Juízo da 19ª Vara da Justiça Federal em São Paulo determinou ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE que os apresentasse, conforme Despacho disponibilizado no Diário Eletrônico em 15/06/2016.

Segundo informações coletadas pelos representantes junto à Advocacia-Geral da União (AGU), em 2017, serão pagos, nos próximos dias, aproximadamente, R\$ 224 milhões a título de precatórios a doze municípios maranhenses (peça 3, p. 32). Este fato, por si só, entremostra toda a urgência da sempre presta atuação do TCU.

Além disso, dados coletados do FNDE indicam que a União deve outros R\$ 5,4 bilhões a municípios de onze estados, apenas considerando o último exercício do Fundef (2006) (peça 6).

Note-se que são devidas complementações aos municípios dos seguintes Estados, consoante a consolidação feita pela Unidade Técnica:

Ano	Estados que receberam complementação da União	Fonte
1998	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 341, de 23.12.1998
1999	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 349, de 24.09.1999
2000	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 354, de 29.09.2000
2001	AL, BA, CE, MA, PA, PB e PI	Portaria MF nº 288, de 27.09.2001
2002	BA, MA, PA e PI	Portaria MF nº 27, de 30.01.2002
2003	BA, MA, PA e PI	Portaria MF nº 10, 24.01.2003
2004	AL, BA, CE, MA, PA e PI	Portaria MF nº 400, 20.12.2004
2005	AL, MA, PA e PI	Portaria MF nº 41, 29.03.2005
2006	MA e PA	Portaria MF nº 40, 03.03.2006

Por conseguinte, em consonância com os representantes, se nada for feito, os três escritórios de advocacia, ilegalmente contratados - já que ausentes os requisitos que autorizariam a inexigibilidade, ou mesmo os requisitos mínimos que embasariam a regular constituição de ato administrativo - serão remunerados em quantias elevadíssimas, em contraprestação a serviços de baixa complexidade e de nenhuma necessidade, configurando a prática de atos antieconômicos pelos gestores municipais, além de desvio de recursos vinculados à área da educação, sem falar na violação do princípio da moralidade administrativa (artigos 2º, da Lei 9.424/1996, 2º, 21 e 23, da Lei 11.494/2007).

Aludiu-se, ainda, à concreta possibilidade de os montantes recebidos pelos municípios serem contabilizados como **outras receitas correntes** e não como receitas do Fundef/Fundeb, dando suporte a que os prefeitos lhes deem **livre destinação**, comportamento que violaria as regras básicas de destinação dos recursos do Fundeb.

II

Inicialmente, conheço da representação, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU.

Nos termos dos artigos 2º, da Lei 9.424/1996, 2º, 21 e 23, da Lei 11.494/2007, os recursos vinculados à área da educação estão gravados com essa específica finalidade constitucional e apenas podem custear atividades de educação. Constitui, portanto, ato ilegal, ilegítimo e antieconômico o pagamento de quaisquer honorários de advogados com tais recursos, ou a destinação desses valores para outras áreas da ação municipal, mesmo que de relevante interesse público, como a construção de estradas ou saneamento público.

Ademais, no caso concreto, não haveria falar em honorários *ad exitum* de 20% dos valores recebidos, porquanto o êxito da causa já foi plenamente assegurado pelo MPF, ao propor ação contra a União e nela obter pleno êxito. Há, apenas, a contratação de advogados para a execução de causa ganha contra devedor solvente, a União, paralelamente à execução em andamento, proposta pelo próprio MPF, assegurando-se aos escritórios de advocacia o percentual de 20% do total dos valores transferidos pela União.

Acolho, portanto, a precisa análise efetuada pela Secex-Educação, que incorporo às razões de decidir, e considero gravíssimos os fatos examinados, seja pela perspectiva de desvirtuamento de

verbas destinadas à educação, seja pelo montante dos valores transferidos em caráter absolutamente excepcional, seja pelo *modus operandi* que cerca a obtenção dos valores, seja pelo pagamento de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão de reais de honorários advocatícios, materialidade absolutamente exorbitante e injustificada.

III

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pacífica, forte na Constituição e no E. STF, no sentido de que a competência para fiscalizar recursos do Fundef se firma a partir da ocorrência de **repasses da União** aos Estados e Municípios, **a título de complementação** das verbas.

Nesse sentido, os Acórdãos 665/2009 e 2.556/2009, ambos do Plenário, bem como os Acórdãos 3.028/2009 – 2ª Câmara e 5.684/2014 – 1ª Câmara, este último de minha relatoria.

No voto condutor do Acórdão 5684/2014, consignei, devidamente respaldado pelo Plenário do TCU, o seguinte entendimento:

“Quanto à ausência de competência do TCU, a tese defendida pelo recorrente e pelo Secretário de Recursos, em relação às transferências legais, não foi acolhida por ocasião da prolação do Acórdão 2.546/2012-TCU-2ª Câmara, quando o Relator apenas encaminhou a matéria para ser estudada pela Segecex.

O fato de se tratar de transferência fundo a fundo, ou seja, de transferência legal, e não de transferência voluntária, não afasta a competência deste Tribunal e não implica a adoção de tratamento similar ao conferido às transferências do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb.

As transferências atinentes ao Fundeb, de origem constitucional, são consideradas receitas próprias, pertencentes aos respectivos entes da federação, razão única e exclusiva a conduzir a que as prestações de contas ordinárias desses fundos fossem encaminhadas aos Tribunais de Contas Estaduais e/ou dos Municípios.

*Trata-se de decorrência direta do fato de o Fundeb ter sido instituído sob a forma de **repartição constitucional de receitas tributárias**, nada tendo a ver com o caso em exame nestes autos, em que a receita da União é obrigatoriamente repassada a outro ente da Federação, em razão de expressa disposição legal.*

*Dai por que a jurisprudência majoritária formou-se no sentido de que **a competência do TCU para a fiscalização da aplicação dos recursos do Fundef (atual Fundeb) depende da presença de recursos federais, ou seja, da existência de complementação efetuada pela União**”.*

As verbas tratadas nestes autos são, destarte, plenamente oriundas da complementação devida pela União, restando patente a natureza federal dos recursos e a competência do TCU para apreciar e julgar a aplicação desses valores, sem embargo do fato de que as teses que se discutem terem prevalência nacional, interesse e importância que as fazem merecedoras de divulgação entre todos os órgãos de controle, para a efetiva fiscalização desses recursos.

IV

O fato de os pagamentos aos municípios serem feitos mediante precatórios não afasta nem impede a aplicação da Constituição e das leis, em especial na parte que impõe a vinculação desses recursos, até porque o provimento judicial **não altera a natureza jurídica** essencial dessas parcelas complementares de verbas do Fundeb, natureza que se mantém nos registros da União e em todo o trânsito dessas verbas, **muito menos lhes confere caráter indenizatório**, como podem pretender alguns.

Ao contrário, se, na ação proposta pelo MPF, a União foi condenada em razão do não atendimento do valor mínimo por aluno/ano, é evidente que os valores obtidos judicialmente devem ter aplicação vinculada a essa finalidade, senão o provimento judicial estaria provocando exatamente a

situação que tentou evitar, a insuficiente destinação de recursos vinculados ao ensino básico para essa finalidade constitucional.

Daí decorre a razão por que devem ser de pronto rechaçadas quaisquer interpretações que tenham por efeito prático afastar essas especiais vinculações legais e constitucionais e a atração de novos gravames, a exemplo dos honorários advocatícios que, de logo, abocanhariam vinte por cento das verbas transferidas pela União e finalisticamente gravadas pela Constituição e legislação infraconstitucional.

Afinal, não há regra de hermenêutica que possa justificar a interpretação de lei de modo que produza efeitos opostos ao que ela determina. Tratar-se-ia de brutal contrassenso que cumpre ao exegeta repelir e hostilizar. Pudessem verbas gravadas, constitucionalmente discriminadas, ser aplicadas em diversa finalidade, haveria notável paradoxo, que conteria rasgar a constituição e as leis que tratam das verbas destinadas pelo constituinte à educação.

Ademais, não pode o julgador arvorar-se no papel de legislador e escolher aplicar a lei que gostaria que existisse, a que ache mais justa, de acordo com seus critérios pessoais e idiossincráticos de justiça, ou a que ele redigiria caso lhe fosse facultado escrevê-las, a *lege ferenda*, desprezando todo o direito objetivo. Cabe ao julgador tão somente aplicar a lei existente ao caso concreto, a *lege lata*, dentro do contexto e dos princípios constitucionais, na melhor medida do possível, mas sempre respeitando a ordem jurídica em vigor.

Não cabe, pois, ao órgão de controle externo, escolher ou autorizar o emprego de verbas públicas em finalidades outras que as estritamente autorizadas por lei.

Assim, considerando as notícias de que recursos oriundos dessas complementações já estariam sendo aplicados em destinação diversa, impõe-se agir com a maior presteza e rigor possíveis, para evitar o desbaratamento desses valores em finalidades absolutamente vedadas pela legislação em vigor.

Da mesma forma, pelas razões salientadas, absolutamente questionável o procedimento de destacar, em precatórios, verbas do Fundeb, para pagamentos de advogados, uma vez que tal procedimento desfalcaria a vontade dos legisladores, constituinte e derivado, no sentido de permitir a alocação de recursos mínimos, por aluno, em cada estado e município do País. Este procedimento não elide a responsabilidade dos gestores e advogados pela percepção irregular de recursos públicos gravados com finalidade específica.

Por essa razão, entendo adequado dar a mais ampla divulgação possível a esta deliberação, encaminhando-as aos demais Tribunais de Contas, aos municípios envolvidos e aos demais órgãos ou entidades que possam colaborar com o controle externo.

V

A representação retrata e comprova vastos indícios de ilegalidade e de antieconomicidade nos contratos firmados entre os 110 municípios do Estado do Maranhão e escritórios de advocacia, na forma exposta no relatório precedente.

Os vícios desses contratos são abundantes e traspassam as fronteiras da legalidade e da moralidade administrativa, seja na sua constituição, seja na sua finalidade, seja nos seus efeitos.

Entretanto, como ressaltado no voto condutor do Acórdão 1550/2017–TCU–Plenário, a legalidade das contratações em tela não é o objeto da presente representação, pois a competência desta Corte surge apenas com o repasse dos recursos federais aos municípios.

No voto condutor do Acórdão 5.940/2014 – 2ª Câmara, ao apreciar representação com diverso objeto, o E. Ministro Weder de Oliveira aduziu o seguinte:

[...] a competência para apreciar a legalidade do contrato em tela não é deste Tribunal, mas do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Não cabe ao TCU deliberar sequer sobre o pedido da representante de adoção de cautelar para suspender os efeitos da contratação questionada.

6. Entretanto, a partir do despacho judicial que deferiu a separação de 20% do total a ser pago ao município a título de diferenças da complementação dos recursos do Fundef para quitação dos honorários contratuais (peça 1, p. 4/7 e 25), existe, certamente, o risco de haver aplicação dos recursos federais em desacordo com os objetivos previstos no ordenamento jurídico.

[...]

9. Todavia, ainda não houve qualquer materialização de prejuízos ao erário, pois o pagamento dos honorários somente deverá ocorrer, nos termos do despacho proferido, quando do pagamento da obrigação principal, após decisão definitiva dos embargos à execução (processo 1638-35.2012.4.01.3702).

[...]

11. Dessa maneira, não há como firmar juízo, neste momento, a respeito do mérito desse ponto da representação. De qualquer sorte, mesmo que prevaleça o entendimento judicial constante do despacho contestado, a responsabilidade por efetuar o pagamento dos honorários, com verbas próprias, continuará a ser do município, que deverá reembolsar o Fundo na hipótese de os recursos serem efetivamente deduzidos da quantia a ser recebida da União.

12. Assim, tendo em vista o princípio da independência das instâncias e a inexistência, por ora, de prejuízos ao erário federal, tenho por adequada a proposta da unidade técnica de enviar cópia dos autos ao órgão competente, sem prejuízo de dar ciência ao município de Timon/MA de que os recursos do Fundef, por expressa destinação constitucional e previsão legal, não podem ser reduzidos para pagamento de honorários advocatícios, somente podendo ser destinados à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à valorização dos profissionais da educação.

Via de regra, a competência para analisar a legalidade desses contratos pertence ao Tribunal de Contas, federal e/ou estadual, apto a fiscalizar as contas do respectivo município/estado envolvido, conforme a natureza da verba.

Não obstante, muito embora não possa o TCU apreciar, de início, a legalidade dos contratos firmados, poderá vir a fazê-lo, em cada caso concreto, se forem eles custeados com recursos decorrentes da complementação do Fundeb pela União, mediante repasse de novas e complementares verbas destinadas a assegurar o montante mínimo por aluno.

Em sendo o contrato custeado com recursos exclusivamente municipais, não se firma a competência do TCU. Mas se o contrato for custeado com recursos de origem federal, tal como a complementação do Fundef, instaura-se a competência plena do TCU para apreciar a regularidade da despesa, aí incluída não só a legalidade do contrato como a pertinência dos valores envolvidos e a responsabilidade dos envolvidos.

Essa tem sido a jurisprudência pacífica do TCU, que acolhe o entendimento de que a transferência de recursos da União a título de complementação das verbas do Fundeb municipal ou estadual atrai a competência do TCU para fiscalizar o cumprimento de todo o conjunto de obrigações impostas pelas normas de regência aos entes envolvidos no custeio e na operacionalização do Fundo, não se limitando o controle externo exercido pelo Tribunal aos aspectos financeiros da gestão.

Nesse sentido asseverou o E. Ministro Substituto Marcos Bemquerer Costa, no voto condutor do Acórdão 2584/2014 – Plenário:

“5. Dito isso, cumpre afirmar, como asseverei na Proposta de Deliberação condutora do Acórdão n. 1.319/2009 - Primeira Câmara, que: 'embora o fator determinante da competência do TCU seja a realização, em determinado exercício, de transferências da União ao Fundef, a título de complementação das verbas a ele destinadas pelos Estados e Municípios, o objeto a ser fiscalizado por esta Casa não se resume aos aspectos financeiros da sua gestão. Compreende o cumprimento de todo o conjunto de obrigações impostas pelas normas de regência aos entes envolvidos no seu custeio e operacionalização. Caso constatada irregularidade, além das providências mencionadas nos dispositivos acima transcritos, cabe ao Tribunal determinar a adoção de providências corretivas, nos termos do art. 250, II, do RI/TCU, a fim de que o objetivo da Lei e da Constituição seja atingido”.

Nesse sentido, em havendo qualquer indício de desvio de finalidade, em suas múltiplas formas, ou o emprego indevido de recursos oriundos da complementação do Fundef/Fundeb, deve ser imediatamente instaurada a competente tomada de contas especial.

Em se comprovando o emprego dessas verbas em finalidade diversa da especificada nas leis e na Constituição, impõe-se a instauração de Tomada de Contas Especiais para a imediata reparação do dano oriundo do desvio perpetrado, com imputação das responsabilidades cabíveis das autoridades, beneficiários e participantes no ato.

Necessário se faz, então, determinar à Segecex que identifique todos os casos em que já houve a liberação desses recursos e verifique a existência de desvio em sua aplicação.

Em havendo desvio de verbas, deve ser verificado se o município auferiu ganho, a exemplo de obras de saneamento ou pavimentação, casos em que o ente da federação deve ser chamado para integrar o polo passivo da TCE, respondendo junto com o prefeito e beneficiários pela recomposição, ao Fundeb, dos valores irregularmente despendidos, e pelas consequências do ato irregular.

Verificado o desvio de recursos, sem que o município tenha efetivamente auferido o ganho, a exemplo de despesas contratadas ilegalmente, com preço abusivo ou com outra irregularidade dessa natureza, mesmo o pagamento indevido de honorários de advogado, a pessoa que se beneficiou com os pagamentos indevidos deve integrar o polo passivo da Tomada de Contas Especial e responder, junto com o prefeito e demais responsáveis, pela reparação do dano aos cofres do Fundef/Fundeb.

VI

Por oportuno, menciono recente decisão deste Tribunal, o Acórdão 1.470/2017 – TCU – Plenário, relatado pelo E. Ministro Benjamin Zymler, que bem evidencia toda sorte de desvio a que podem estar sujeitos os recursos tratados nestes autos. Na ocasião, assim o Relator sintetizou os fatos:

*2. Consoante se depreende da minudente narrativa promovida pela unidade instrutiva, integralmente transcrita no relatório, a referida municipalidade, em virtude de decisão proferida pela 5ª Vara da Justiça Federal do Piauí, recebeu, em 13 de dezembro de 2016, isto é, faltando apenas 18 (dezoito) dias para o final do mandato do sr. Antônio Gomes Sousa, a quantia de R\$ 2.849.823,75 (dois milhões, oitocentos e quarenta e nove mil oitocentos e vinte e três reais e setenta e cinco centavos). Tais recursos advieram do processo judicial nº 2005.40.00.0067384, cujo objeto foi o **pagamento de diferenças do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), do período de 1998 a 2004.***

3. De posse desses recursos, no dia seguinte o ente municipal transferiu significativa parcela, no montante de R\$ 2.730.000,00, para outra conta-corrente de sua propriedade, a qual era mantida no Banco Bradesco.

4. Ato contínuo, nos 5 (cinco) dias seguintes foram efetivadas inúmeras transferências para outros destinatários e para outra conta municipal.

5. Nessa senda, convém anotar que parte desses recursos (R\$ 2.234.123,22) foi transferida a 11 (onze) empresas distintas, **mediante 55 movimentações financeiras**. O restante destinou-se a outra conta daquele ente federativo na qual também foram promovidas operações financeiras consideradas, tanto pela CGU quanto pela unidade instrutiva representante, **atípicas**

Por meio da referida decisão foram tornados indisponíveis os bens dos responsáveis e das empresas destinatárias dos recursos, instauradas diversas Tomadas de Contas Especiais e, adicionalmente, autorizou-se o compartilhamento de informações com os órgãos parceiros da Rede de Controle e a realização de eventuais ações em conjunto, como diligências, fiscalizações e operações visando a obtenção de elementos comprobatórios adicionais e a conjugação de esforços no sentido do alcance da **máxima efetividade** no tocante ao ressarcimento dos recursos desviados, **medida que igualmente adoto nestes autos**.

Em síntese, são gravíssimas as irregularidades tratadas neste processo, uma vez que privam as gerações atuais e futuras do acesso ao ensino qualificado, proporcionado pela União, com a transferência complementar de verbas, em virtude do desvio das verbas constitucionalmente destinadas ao ensino, a pretexto de honorários de advogado e outras aplicações irregulares.

Por tais razões, no caso concreto das verbas complementares do Fundeb, sem embargo do questionável esbanjamento dos recursos, insofismável que o pagamento de honorários de advogado, com verbas constitucionalmente gravadas com finalidade específica, é ilegal, imoral e inconstitucional, sendo nulos todos os atos que impliquem o desvio dessas verbas da única finalidade que elas podem albergar, a educação.

Por fim, gostaria de registrar uma palavra de elogio ao senso de interesse público advindo da ação conjunta dos entes governamentais, presentes em meu gabinete, na defesa dos interesses mais altaneiros da Nação. Nesse sentido, a Rede de Controle, composta pelo MPF, CGU, TCE-MA, MPC-MA e AGU, dentre outros, encaminhou dados, escritos e orais, que permitiram a ação presta do TCU em relação à questão ora submetida a deslinde.

Com essas considerações, entendo que a representação deve ser julgada procedente, para o fim de garantir a aplicação dos recursos do Fundef, exclusivamente, em ações da área da educação, como garantido pelo artigo 60, do ADCT, e pelas Leis 9.424/1996 (Fundef) e 11.494/2007 (Fundeb).

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 23 de agosto de 2017.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator