

Processo: 1082566
Natureza: REPRESENTAÇÃO
Representante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais
Representada: Prefeitura Municipal de Cana Verde
Responsáveis: Eduardo Cardoso Garcia; Ronni Carlos Oliveira; Matheus Freire Lino; Monteiro e Monteiro Advogados Associados (sócios: Ana Karina Pedrosa de Carvalho, OAB/PE 35.280; Augusto César Lourenço Brederodes, OAB/PE 49.778; Bruno Romero Pedrosa Monteiro, OAB/PE 11.338 e OAB/MG 97.276; Fernando Mendes de Freitas Filho, OAB/PE 17.232)
Interessado: Aender Anastácio de Moraes, atual prefeito do município
Procuradores: Ângelo Zampar, OAB/MG 92.513; Maria Andreia Lemos, OAB/MG 98.421; Mariana Alves Dimas Junqueira, OAB/MG 194.029; Mariana Andrade Cristianismo, OAB/MG 190.154; Sebastiana do Carmo Braz de Souza, OAB/MG 78.985; Bruna de Cássia Miranda Bezerra Leite Sampaio, OAB/PE 33.698; Lucas de Moraes Araújo Gomes, OAB/PE 56.928
MPTC: Procuradora Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO

SEGUNDA CÂMARA – 20/6/2023

REPRESENTAÇÃO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. RECUPERAÇÃO DOS VALORES DO FUNDEF. AUSÊNCIA DE REPASSE AO MUNICÍPIO. VALOR MÍNIMO ANUAL POR ALUNO. DIRECIONAMENTO DA CONTRATAÇÃO. PONTUAÇÃO DE TÉCNICA E DE PREÇO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. A ocorrência de direcionamento do certame exige comprovação por meio de um conjunto robusto de elementos convergentes no sentido do conluio entre os agentes públicos e o vencedor do processo licitatório.
2. É legal o pagamento de honorários advocatícios contratuais em ações oriundas de recuperação do Fundef, valendo-se da verba correspondente aos juros moratórios incidentes no valor do precatório devido pela União, consoante julgamento da ADPF 528 no Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a representação, formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, no âmbito da Concorrência n. 001/2017 promovida pela Prefeitura de Cana Verde, tendo em vista a irregularidade relativa à deficiência na justificativa para atribuição de pesos distintos para a pontuação de técnica e de preço, em afronta ao disposto

no art. 46 da Lei n. 8.666/93;

- II) deixar de aplicar multa ao responsável, com fundamento no art. 22 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor público no momento da realização do certame licitatório, conforme exposto na fundamentação desta decisão;
- III) determinar a intimação do atual prefeito do município de Cana Verde para que, no prazo de 30 (trinta) dias comprove ter promovido o aditamento contratual referente à cláusula Segunda do Contrato n. 035/2017, decorrente da Concorrência n. 001/2017, de modo a prever o pagamento dos honorários advocatícios pactuados nos limites dos juros monetários incidentes no valor do precatório devido pela União, conforme decisão do STF no julgamento da ADPF n. 528;
- IV) determinar, após o trânsito em julgado e a adoção das medidas cabíveis, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 20 de junho de 2023.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

LICURGO MOURÃO
Relator

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 20/6/2023

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Para apreciação da Representação n. 1082566, da relatoria do Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, convido a tomar lugar no plenário o advogado Lucas de Moraes Araújo Gomes, OAB/PE 56.928, representando Monteiro e Monteiro Advogados Associados.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de representação formulada pelo Ministério Público de Contas em face de ilegalidades identificadas no Contrato n. 035/2017, celebrado pelo Município de Cana Verde e o escritório de advocacia Monteiro e Monteiro Advogados Associados, cujo objeto é a “contratação de sociedade de advogados (pessoa jurídica) com notória especialização para a propositura de demanda judicial visando o repasse integral do FUNDEF que deixaram de ser repassados aos municípios em face de ilegal fixação nacional no valor mínimo anual por aluno, na forma da Lei n. 9.424/1996” (fls. 1/285/peça 9).

O despacho que recebeu a representação foi exarado em **28/11/2019** (fl. 312/peça 9).

Intimados para prestar esclarecimentos, os srs. Eduardo Cardoso Garcia, prefeito de Cana Verde, Ronni Carlos Oliveira, presidente da comissão permanente de licitação, Matheus Freire Lino, procurador municipal, e o escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados, na pessoa de seu representante legal, apresentaram manifestação e documentos (fls. 303/379 e 380/451/peça 10).

Em análise inicial, a unidade técnica elaborou o estudo acostado à peça 6, pela procedência parcial da representação. O Ministério Público de Contas, em manifestação preliminar, à peça 12, requereu a citação dos representados.

Devidamente citados, os responsáveis juntaram razões de justificativa e documentos (peças 18, 19, 24, 25, 27, 28, 34 a 37, 46 e 47).

Os autos seguiram para reexame da unidade técnica e parecer do Ministério Público de Contas, que concluíram pela procedência parcial da representação (peças 49 e 52).

É o relatório, em síntese.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Vossa Excelência tem a palavra por 15 minutos, regimentais.

ADVOGADO LUCAS DE MORAES ARAÚJO GOMES:

Obrigado.

Esse processo foi uma Representação formulada pelo Ministério Público de Contas em face de supostas ilegalidades na contratação do escritório de advocacia Monteiro e Monteiro Advogados Associados, pelo município de Cana Verde, para recuperação de créditos do fundo constitucional do Fundef.

Aqui eu faço uma referência ao último parecer acostado aos autos, do Ministério Público de Contas, da doutora Cristina Andrade Melo, em que ela aponta, ela reitera, na verdade, todos os pedidos e argumentos da petição inicial da exordial, requerendo a anulação do procedimento licitatório e do consequente contrato administrativo firmado, Procedimento Licitatório nº 045/2017 e Contrato nº 035/2017 e, subsidiariamente, requer a anulação da cláusula segunda, que é quanto à forma de remuneração do escritório – remuneração *ad exitum*. Tanto no pedido principal da Procuradora quanto no pedido subsidiário, ela aponta a questão da seguinte ilegalidade: como o contrato prevê a cláusula de pagamento *ad exitum*, e, por isso, seria um evento futuro e incerto, ela aborda o quê? Vou ler *ipsis litteris*:

A discussão ora posta em debate tem por objetivo garantir que o recebimento do precatório relativo à complementação do Fundef esteja vinculado estritamente à finalidade constitucional de promoção do direito à educação.

Ou seja, é aquela questão da vinculação constitucional da complementação da verba do Fundef. A discussão é essa. Muito pertinente a colocação da Procuradora do Ministério Público de Contas, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 528, já afirmou que é constitucional o pagamento dos honorários advocatícios contratuais com a verba do Fundef, desde que limitado aos juros de mora, tendo em vista que essa parcela dos juros de mora tem caráter indenizatório e é distinta da verba principal. Ela é desvinculada, portanto. E exatamente por conta dessa desvinculação da parcela dos juros de mora e da correção monetária que o argumento da Procuradora de Contas, nesse parecer – que foi, inclusive, assinado no dia 10/8/2022 –, encontra-se desatualizado, porque não encontra amparo na ADPF 528.

Aqui, como respaldo jurisprudencial, ela cita um voto-vista da lavra do Conselheiro Cláudio Terrão na Representação nº 1047990. Acontece que esse voto-vista, da lavra do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, já foi revisto em recente julgamento pelo Pleno desta Corte, no dia 17/5/2023, que foi exatamente no julgamento referente ao Município de Engenheiro Caldas, onde assim foi ementado:

[...] AÇÕES DE RECUPERAÇÃO DO FUNDEF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. LEGALIDADE DO PAGAMENTO VALENDO-SE DA VERBA CORRESPONDENTE AOS JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES NO VALOR DO PRECATÓRIO DEVIDO PELA UNIÃO. STF NO JULGAMENTO DA ADPF 528. PROVIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS [...].

Tratava-se de um recurso de embargos de declaração e foi dado provimento.

Então, Excelências, a sustentação oral nesse processo, na verdade, se reputa apenas a este ponto: o parecer da Procuradoria do Ministério Público de Contas está em dissonância com o entendimento desta Casa, o que já foi revisto inclusive em recente julgamento e consoante a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal na ADPF 528.

Então, acredito que seja isso.

Obrigado.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Com a palavra o Conselheiro Substituto Licurgo Mourão.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

II – FUNDAMENTAÇÃO

Encerrada a instrução processual, delimitam-se as irregularidades na contratação do escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados, pretensas pelo Município de Cana Verde, no âmbito da Concorrência n. 001/2017, a saber:

1. Simulação de processo licitatório

O Ministério Público de Contas suscitou na inicial a constatação de que toda a fase interna da Concorrência n. 001/2017 teria ocorrido entre os dias 20 e 21/7/2017, circunstâncias estas indicativas de que os procedimentos teriam sido previamente montados, servindo, na verdade, a um simulacro da concorrência.

Acrescentou que no projeto básico, anexo ao edital, sem especificação da metodologia ou fórmulas utilizadas, foi descrito o valor estimado da perda do Fundef pelo Município (R\$951.664,49), valor este que foi utilizado pelo escritório de advocacia vencedor do certame, na proposta apresentada, como parâmetro de aplicação do percentual de 17% (dezesete por cento) de sua remuneração, inclusive com a anexação da memória de cálculo atualizada até outubro de 2016. Apontou que tal fato comprova que o órgão licitante e o escritório contratado “(...) trocaram informações previamente e atuaram em conluio para direcionar a Concorrência n. 001/2017 (...)”.

Na defesa apresentada pelo sr. Bruno Romero Pedrosa Monteiro, representante legal do escritório vencedor, Monteiro e Monteiro Advogados Associados, argumentou que não possuiu qualquer ingerência sobre a forma como foi deflagrada e desenvolvida a Concorrência n. 001/2017 (em seus trâmites internos), tendo se limitado a apresentar a documentação necessária ao certame e à contratação, sendo atos de competência exclusiva da Comissão de Licitação e do setor jurídico daquele município.

Frisou que “a diligência e celeridade do Município na análise da documentação, inclusive diante da constatação da existência de centenas de outros contratos firmados com Municípios em todo o país, não pode ser tachado como ilegalidade na contratação, como tenta sugerir o MPCO.” (sic).

Asseverou, ainda, que os créditos do Fundef perseguidos pelo Município estavam em vias de prescrever, fato este que justificou a celeridade adotada pelos gestores municipais visando a conclusão do processo que culminou na contratação do escritório de advocacia Monteiro e Monteiro Advogados Associados (peça 19).

Por sua vez, na defesa de peça 47, os srs. Eduardo Cardoso Garcia, Ronni Carlos Oliveira, e Matheus Freire Lino, não se manifestaram sobre esse apontamento.

De forma genérica, salientaram que a contratação da pessoa jurídica se deu em decorrência da existência de apenas um procurador municipal, tornando-se necessária a contratação de serviços advocatícios especializados para ajuizar a demanda, tendo o Município de Cana Verde optado pela realização de licitação, ao invés de inexigibilidade de licitação.

A unidade técnica, em exame inicial, concluiu pela improcedência deste item, por entender que a apuração do alegado conluio entre o município e o escritório contratado demandaria uma análise mais acurada de outros instrumentos e aplicação de técnicas de averiguação, que não se encontram entre as atribuições desta Casa, tais como quebras de sigilos telefônicos, digitais e bancários, entre outros (peça 6).

Sendo assim, concluiu que a indicação da existência do conluio entre as partes não pode se dar por presunção, por não corresponder à metodologia adequada, e mais, que pelos documentos juntados aos autos não foi possível atestar a ocorrência do fato alegado.

Nessa linha de intelecção, tem-se que a demonstração de memória de cálculo, no caso em concreto – utilizada como parâmetro para a realização da proposta de preços pela licitante –, decorreu da falha da Administração em não anexar tal tabela junto ao edital/projeto básico, sendo que os valores nela discriminados foram decorrentes de apurações realizadas no âmbito do processo judicial que deu ganho de causa aos municípios (referência aos termos “Autor” e “Réu”).

No reexame de peça 49, a unidade técnica ratificou a análise inicial, concluindo pela improcedência da irregularidade. Por outro lado, o Ministério Público de Contas reiterou a inicial pela procedência deste item (peça 52).

No que tange à alegação do órgão ministerial de ter havido “montagem” do processo de concorrência, não há nos autos elementos que comprovem a sua ocorrência, eis que a comprovação de fraude à licitação, abarcando a configuração de conluio, simulação e combinação de preços, demanda análise probatória mais ampla do que a contida nos autos.

Por essas razões, acompanho a conclusão da unidade técnica, pela improcedência deste tópico.

2. Ausência de pertinência do critério previsto no subitem 7.6 do edital (proposta técnica)

O MPC discorreu que, embora o gestor tenha o poder discricionário para elencar quaisquer critérios técnicos relevantes para a contratação de determinado serviço, era imprescindível que a escolha guardasse pertinência com o objeto e não restringisse a concorrência entre os licitantes.

Assinalou que, diferentemente de tal regra, foi prevista no subitem 7.6 do Edital da Concorrência n. 001/2017 a pontuação para a comprovação de “experiência em execução de serviços com entidades coletivas”, a qual seria auferida mediante a apresentação de atestado de capacidade técnica ou contrato com entidades coletivas municipalistas, em serviços semelhantes ao objeto do certame, que foi o caso do escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados.

Com isso, o MPC entendeu que não foi razoável a exigência de que os licitantes comprovassem experiência na prestação de serviços para entidades coletivas, cuja pontuação foi estabelecida em 100 (cem) pontos, uma vez que se tratava de parâmetro que não guardava nenhuma pertinência com o objeto licitado, na medida em que foi promovido pelo ente municipal para ajuizamento de ação individual.

Os representados aduziram em defesa de peça 47, que quanto aos 5 (cinco) critérios de pontuação estabelecidos nos itens 7.2 a 7.6 do Edital da Concorrência n. 001/2017, o maior e mais substancial peso das notas foi dado ao critério de Ações Judiciais, “o qual não direcionava para nenhum tipo de experiência específica e possibilitava a participação de qualquer escritório de advocacia que detivesse ampla experiência no ajuizamento das mais diversas ações judiciais em primeira, segunda e terceira instância”, vejamos:

7.2. EXPERIÊNCIA NA ÁREA JURÍDICA – máximo de 50 (cinquenta) pontos.

7.3. ESPECIALIZAÇÕES EM DIREITO – máximo de 100 (cem) pontos.

7.4. AÇÕES JUDICIAIS – máximo de 1000 (mil) pontos.

7.5. EXPERIÊNCIA EM EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DO PRESENTE OBJETO – máximo de 100 (cem) pontos.

7.6. EXPERIÊNCIA EM EXECUÇÃO DE SERVIÇOS COM ENTIDADES COLETIVAS – 100 (cem) pontos.

Os defendentes sustentaram, ainda, que o critério de pontuação de execução de serviços com entidades coletivas foi exigido por se tratar de um processo complexo, com a presença e participação de todos os municípios brasileiros, sendo necessário, assim, que os profissionais demonstrassem algum conhecimento e experiência em processos de entidades coletivas, visando garantir a qualidade e efetividade do trabalho a ser prestado.

Afirmaram, por fim, que “bastava que se demonstrasse experiência em ações judiciais para se alcançar até 1000 (mil) pontos, enquanto o máximo de pontos para a execução de serviços com entidades coletivas não ultrapassaria 100 (cem) pontos”. Nessa medida, afirmaram que não houve direcionamento ou favorecimento, eis que a cláusula editalícia não impediu a participação de outros escritórios.

Nas peças 19 e 25, o representante legal do escritório contratado, Monteiro e Monteiro Advogados Associados, não se manifestou especificamente quanto a esse apontamento.

A unidade técnica, nas peças 6 e 49, concluiu pela procedência deste item por entender que a exigência de qualificação técnica na execução de serviços com entidades coletivas não apresentou pertinência com o objeto licitado, afrontando o inciso I do § 1º do art. 3º c/c o inciso II do art. 30 da Lei n. 8.666/1993.

O MPC reiterou sua inicial pela procedência deste item (peça 52).

As exigências de habilitação, na condição de garantias mínimas do cumprimento das obrigações, devem ter pertinência com o objeto licitatório e devem ser interpretadas mediante juízo de adequabilidade normativa, “em apreço à ampliação da competitividade dos certames promovidos pela Administração Pública” (STF, ADI 2716/RO).

A fixação de requisitos habilitatórios no edital de licitação depende, portanto, da análise casuística com o uso da proporcionalidade – necessidade e adequação, consoante Enunciado de Súmula n. 263 do Tribunal de Contas da União, a seguir reproduzido:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Corroborar-se, nesse esteio, com o relatório do órgão técnico, cujo trecho se segue:

(...) a exigência de habilitação – demonstração de atuação do escritório (ou de seus profissionais) em, no mínimo, 5 (cinco) processos – é relacionada à parcela de maior relevância e valor significativo do objeto contratado – prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídica – e guarda proporção com a dimensão do objeto licitado.

Em consonância com a jurisprudência do TCEMG¹, a norma do art. 30, § 2º, da Lei n. 8.666/1993 foi cumprida, a qual estabelece que a comprovação técnica dos licitantes deve se ater às parcelas de maior relevância e de valor significativo, as quais devem estar previamente definidas no edital licitatório com clareza, precisão e objetividade.

Ademais, no exercício da discricionariedade administrativa, o gestor público pode inserir no edital licitatório as exigências que entender necessárias e adequadas à satisfação do interesse

¹ Nesse sentido: (1) MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 913483. 2ª Câmara. Relator: Conselheiro Gilberto Diniz. Publicação no DOC de 20/12/2018; (2) MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 709268. 1ª Câmara. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio.

coletivo e à regular execução do objeto contratado, desde que não sejam ilegais, abusivas ou prejudiciais ao caráter competitivo do certame.

Na análise da ata da sessão (p. 146/147, peça 9), a Comissão de Licitação apurou pormenorizadamente os 5 (cinco) critérios de pontuação estabelecidos nos itens 7.2 a 7.6 do edital e que foram devidamente cumpridos pela empresa vencedora.

Assim, em dissonância com a unidade técnica e com o *Parquet* de Contas, entendo que o instrumento convocatório em análise exigiu a comprovação da prestação anterior de serviços de natureza compatível com o objeto licitado e, dessa maneira, julgo improcedente esse item.

3. Deficiência na justificativa para atribuição de pesos distintos para a pontuação de técnica e de preço

O Ministério Público de Contas afirmou na inicial que não foi apresentada justificativa razoável para a pontuação relativa ao peso para as notas de técnica (de 6,75) e de preço (de 3,25).

Os representados aduziram que o entendimento deste Tribunal tem sido de que a proporção das notas deve ficar sempre próximas de 5 (cinco) e não recomenda pontuação com peso 7 (sete) para técnica e 3 (três) para o preço, conforme os precedentes das Consultas n. 858973 e 749054 (peça 47).

A unidade técnica (peça 49) e o MPC (peça 52) ratificaram as manifestações anteriores pela procedência desse apontamento de irregularidade.

Acerca do critério de julgamento por “melhor técnica e preço”, a Lei 8.666/1993, assim dispõe:

Art. 46. Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 1º Nas licitações do tipo “melhor técnica” será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

[...]

§ 2º Nas licitações do tipo “técnica e preço” será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório. (grifei)

Como visto, a Lei n. 8.666/1993 previu que deve ser adotado o critério de julgamento do tipo “melhor técnica e preço” exclusivamente para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual.

In casu, considerando que o objeto da concorrência pública foi a contratação de sociedade de advogados (pessoa jurídica) com notória especialização para a propositura de demanda judicial visando o repasse integral do FUNDEF, que deixaram de ser repassados aos municípios em face de ilegal fixação nacional no valor mínimo anual por aluno, na forma da Lei n. 9.424/96, tem-se por inadequada a adoção do critério de julgamento do tipo “melhor técnica e preço”.

Desse modo, entendo que o objeto da contratação aqui examinada foi incompatível com o tipo de licitação “técnica e preço”, em atenção ao disposto no art. 46 da Lei n. 8.666/93, razão pela qual reputo procedente o apontamento versado neste tópico.

Contudo, deixo de aplicar multa ao responsável, com fundamento no art. 22 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), considerando que à época da realização do certame, ainda não havia entendimento sedimentado de que os serviços profissionais de advogado seriam, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos do art. 3º-A da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), com redação dada pela Lei n. 14.039/2020.

4. Nulidade da forma de remuneração – dotação orçamentária deficiente – desvio de verbas da educação – precedentes do STF, STJ e TRFs

Segundo o MPC, houve nulidade na forma da remuneração pactuada com o escritório contratado, Monteiro e Monteiro Advogados Associados, na forma como foi estabelecido na Cláusula Segunda do Contrato Administrativo n. 035/2017 (fls. 298/301/peça 9), que fixou o valor dos honorários sobre o êxito da ação judicial a ser interposta, no percentual de 17% (dezesete por cento) sobre o resultado financeiro decorrente do serviço prestado, vejamos:

CLÁUSULA SEGUNDA – DO PREÇO

O valor deste contrato é composto de honorários sobre o êxito, isto é, sobre o resultado financeiro decorrente do serviço prestado, indicado através de porcentagem sobre o benefício direto auferido pelo município através da recuperação de receitas relativas às deduções ocorridas no FUNDEF. Na espécie, o contrato fará jus ao recebimento de 17% sobre o benefício efetivamente auferido pelo contratante, conforme proposta financeira apresentada.

O pagamento da parcela de êxito dos honorários advocatícios será devido em até 30 dias a partir da data em que os valores recuperados ingressarem nos cofres municipais, em caráter definitivo, o que ocorre neste último caso quando as execuções fiscais patrocinadas pelo futuro contratado tornarem-se definitivas.

(...)

CLÁUSULA QUARTA – DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

A despesa decorrente do presente contrato correrá à conta do seguinte recurso orçamentário:

020201041220013201333903900

De acordo com o projeto básico, o valor estimado da “perda do FUNDEF” girava em torno de R\$951.000,00. Significa dizer que, caso confirmado o referido valor, a municipalidade teria que pagar ao escritório contratado, a título de honorários advocatícios contratuais - R\$161.670,00, correspondente a 17% sobre o “benefício efetivamente auferido pelo contratante”.

Destarte, o MPC aduziu que como a dotação orçamentária indicada no contrato – para dar conta do referido pagamento – era de apenas R\$10.000,00, tal valor não seria suficiente para arcar com o pagamento de honorários advocatícios em percentual tão elevado, o que seria uma irregularidade gravíssima, eis que ensejaria o desvio de verbas carimbadas do Fundef, em face

da não aplicação dos recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino e na valorização do magistério.

O MPC ressaltou, ainda, que pela natureza jurídica dos recursos do precatório do Fundef deveriam estar vinculados nas referidas ações, não havendo espaço para a discricionariedade quanto à sua destinação.

Na peça 19, os defendentes alegaram que a questão já tinha sido apreciada por alguns Tribunais de Contas, como o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE) nos autos da Auditoria Especial n. 1603972-5, em que restou reconhecida a legalidade da cláusula contratual de fixação de honorários advocatícios nas contratações de Fundef.

Com amparo no estabelecido pelo art. 22, *caput* e § 4º do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), os defendentes sustentaram que “a autorização judicial para o pagamento dos valores não seria de responsabilidade da Administração ou do requerente, haja vista que é grantido ao advogado contratado o direito a receber o seu pagamento em Precatórios específico e apartado daquele do Município. Ou seja, o valor dos honorários não transitaria pelos Cofres Municipais (seja em Fundo ou Conta), o que decorria de lei.

A unidade técnica reiterou a análise inicial pela procedência desta irregularidade (peça 49).

O MPC, no parecer conclusivo de peça 52, destacou que diante da patente ilegalidade e inconstitucionalidade da Cláusula Segunda do Contrato n. 035/2017, firmado entre o Município de Cana Verde e o escritório de advocacia Monteiro e Monteiro Advogados Associados, esta Corte de Contas deveria determinar ao gestor que anulasse parcialmente a referida cláusula, com o conseqüente aditamento contratual, nos termos do art. 3º, inciso XVIII², da Lei Complementar n. 102/2008 (Lei Orgânica do TCE/MG).

Não se pode olvidar, todavia, que o caso em tela cuida de contratação cujo objeto consiste na prestação de serviços jurídicos para a recuperação dos valores do Fundef pagos a menor pela União.

Conforme amplamente reconhecido na seara jurisprudencial, os valores decorrentes da suplementação pela União devem ser utilizados exclusivamente em ações consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica, porquanto devidos ao Fundef e, por isso, submetidos à previsão do art. 21 da Lei n. 11.494/2007, uma vez que o recebimento em atraso não descaracteriza a vinculação constitucional dos recursos. Isso foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Cível Originária n. 648³.

Como decorrência da vinculação constitucional desses valores, resta evidenciada a impossibilidade de destaque dos honorários advocatícios contratuais sobre o montante recuperado pelo município, posto que despesa estranha à manutenção e desenvolvimento do ensino, sob pena de desvio de finalidade na aplicação dos recursos.

A destinação vinculada dos recursos inviabiliza, portanto, a remuneração do contratado com parte dos valores auferidos na própria causa.

² Art. 3º, inciso XVIII, Lei Complementar Estadual n. 102/2008:

[...]

XVIII – estabelecer prazo para que o dirigente de órgão ou entidade tome as providências necessárias ao cumprimento da lei, se apurada ilegalidade”

³ Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 648. Tribunal Pleno. Julgado em 06/09/17:

[...] 2. A complementação ao FUNDEF realizada a partir do valor mínimo anual por aluno fixada em desacordo com a média nacional impõe à União o dever de suplementação de recursos, mantida a vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino.

Neste caso, a remuneração daqueles que postulam em nome dos municípios, quando não pertencentes aos seus quadros de servidores, deve ser suportada pelos recursos públicos sem destinação vinculada, com dotação orçamentária própria.

Nesse sentido, há decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 5ª Regiões, confirmadas pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstrado pelo Ministério Público de Contas em sua representação (fls. 18/19/peça 9).

Também o Tribunal de Contas da União se manifestou com o mesmo entendimento, ao referendar medida cautelar que contemplou, inclusive, determinação para que municípios beneficiários da decisão judicial proferida na ACP n. 1999.61.00.050616-0, não utilizem os recursos recuperados para pagamento de honorários advocatícios nem celebrem contratos com previsão dessa natureza. Eis os termos da decisão:

REPRESENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS DO FUNDEF E DO FUNDEB. DETERMINAÇÕES. PEDIDOS DE REEXAME. EFEITO SUSPENSIVO COMO ATRIBUTO DA PRÓPRIA DECISÃO. RISCO GRAVE AO INTERESSE PÚBLICO. CONCESSÃO DE CAUTELAR PARA EVITAR USO INDEVIDO DOS RECURSOS EM QUESTÃO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONTESTADA.

[...]

Por esse fundamento, e com o fito de assegurar a eficácia da futura decisão definitiva de mérito que impeça a prática de atos de difícil reversão, o Presidente deste Tribunal, nos termos do art. 28, inciso XVI, do Regimento Interno, proferiu medida cautelar com o seguinte conteúdo: “

(...)

1) alertar 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, que, até trânsito em julgado deste processo nesta Corte, atualmente em fase de análise dos recursos interpostos contra o acórdão 1.824/2017-Plenário, os recursos de complementação da União de verbas do Fundef, obtidos pela via judicial ou administrativa, devem ser utilizados exclusivamente para manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, nos termos do art. 21 da Lei 11.494/2007, da Constituição Federal, e do art. 60 do ADCT, sob pena de responsabilidade do gestor que lhes conferir outra destinação, na forma da Lei Orgânica do TCU;

2) determinar aos municípios beneficiados pela ACP 1999.61.00.050616-0 que, cautelarmente, até trânsito em julgado deste processo nesta Corte, não promovam pagamento de honorários advocatícios com recursos oriundos da complementação da União ao Fundef/Fundeb e que não celebrem contratos que contenham, de algum modo, tal obrigação; e

3) determinar à SecexEducação que, com urgência, informe os recorrentes e todos os que tenham sido notificados do despacho de peça 236 acerca da concessão da medida cautelar adotada nesta decisão.”

[...]

ACÓRDÃO

VISTA, relatada e discutida a proposta do titular da Secretaria de Recursos de adoção de medida de urgência em relação a pedidos de reexame interpostos pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará - Sintepp, pela Prefeitura Municipal de Gonçalves Dias/MA e pela Confederação Nacional dos Servidores e Funcionários Públicos

das Fundações, Autarquias e Prefeituras Municipais - CSPM contra o acórdão 1.824/2017 - Plenário.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, em:

9.1. com fulcro no art. 276, caput, do Regimento Interno, referendar a medida cautelar adotada pelo Presidente Raimundo Carreiro por meio do despacho contido na peça 249 destes autos, transcrito no relatório que precedeu este acórdão, bem como as medidas acessórias constantes do mencionado despacho; e

9.2. dar ciência desta deliberação aos recorrentes e demais notificados pelo referido despacho.

Pois bem. Com relação à forma de remuneração da contratada no tocante aos honorários advocatícios contratuais, forçoso reiterar que, a despeito dos apontamentos destacados nesta representação, os pagamentos que seriam devidos ao escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados ainda não se efetivaram e, por conseguinte, não ocorreu qualquer desvio de recursos vinculados ao Fundeb, pois se trata de contrato de eficácia e, até a presente data, o ente municipal não obteve êxito que ensejasse pagamento à contratada.

Sobre a matéria, a empresa contratada trouxe ao conhecimento desta relatoria, por meio de memoriais, recente entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que foi o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 528⁴, em 18/3/2022, que entendeu que, embora seja inconstitucional o pagamento de honorários advocatícios contratuais com recursos oriundos do Fundef/Fundeb, por deverem ser utilizados exclusivamente em ações de desenvolvimento e manutenção do ensino, **tal vinculação constitucional não se aplicaria aos encargos moratórios, porquanto os juros de mora legais têm natureza jurídica autônoma em relação à natureza jurídica da verba em atraso, e por consequência, poderiam ser utilizados para essa finalidade.**

Sendo assim, considerando que os precatórios federais incluem não só a verba nominal atualizada que foi deixada de ser repassada pela União no passado, mas também os juros de mora legais provenientes desse crédito, e dele desvinculados, como resultado, estabeleceu a Suprema Corte que os honorários advocatícios poderiam ser pagos com tal parcela, conforme sedimentado no acórdão da ADPF:

EMENTA: DIREITO À EDUCAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDEF/FUNDEB. COMO VERBAS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE DO AFASTAMENTO DA SUBVINCULAÇÃO QUE DETERMINA A APLICAÇÃO DE 60% DOS RECURSOS ANUAIS TOTAIS DOS FUNDOS AO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS COM RECURSOS DO FUNDEF/FUNDEB. CARACTERIZAÇÃO DE DESVIO DE VERBAS CONSTITUCIONALMENTE VINCULADAS À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES. CONSTITUCIONALIDADE DO ACÓRDÃO 1.824/2017 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INCIDÊNCIA DA EC 114/2021. IMPROCEDÊNCIA.

[...]

⁴ STF. Plenário. ADPF 528/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/3/2022. Inteiro teor do acórdão disponível no Informativo n. 1047 e em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352109716&ext=.pdf>>. Acesso em 19/8/2022.

3. É inconstitucional o pagamento de honorários advocatícios contratuais com recursos alocados no FUNDEF/FUNDEB, que devem ser utilizados exclusivamente em ações de desenvolvimento e manutenção do ensino. Precedentes.

4. A vinculação constitucional em questão não se aplica aos encargos moratórios que podem servir ao pagamento de honorários advocatícios contratuais devidamente ajustados, pois conforme decidido por essa CORTE, “os juros de mora legais têm natureza jurídica autônoma em relação à natureza jurídica da verba em atraso” (RE 855091-RG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2021, DJe de 8/4/2021).

5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada IMPROCEDENTE

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a certidão de julgamento, por unanimidade, julgaram improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, declarando constitucional o Acórdão 1.824/2017 do Tribunal de Contas da União, que

1) afastou a subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei n. 11.494/2007 aos valores de complementação do FUNDEF/FUNDEB pagos pela União aos Estados e aos Municípios por força de condenação judicial, e

2) vedou o pagamento de honorários advocatícios contratuais com recursos alocados no FUNDEF/FUNDEB, ressalvado o pagamento de honorários advocatícios contratuais valendo-se da verba correspondente aos juros de mora incidentes sobre o valor do precatório devido pela União em ações propostas em favor dos Estados e dos Municípios, nos termos do voto do Relator.

Os Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, GILMAR MENDES e ROBERTO BARROSO, apesar de também julgarem improcedente a ação, fizeram ressalvas em seus votos para consignar que apenas naquelas situações relacionadas à atuação de advogados que ingressaram com ações de conhecimento individuais em favor de dado Município, seria legítimo o destaque do valor dos honorários advocatícios (art. 22, § 4º, da Lei 8.906/1994) da quantia a ser recebida pelo respectivo ente municipal a título de complementação aos fundos educacionais, bem como dos respectivos juros de mora.

Com efeito, tem-se que a Cláusula Segunda do Contrato n. 035/2017, decorrente da Concorrência n. 001/2017, autorizava o pagamento de honorários advocatícios com todo o montante dos precatórios, e não apenas com a parcela referente aos juros de mora, conforme decisão do STF no julgamento da ADPF n. 528.

Assim, por corolário lógico da recente decisão do STF, entendo ser o caso de intimar o atual prefeito de Cana Verde, para que comprove, no prazo de 30 (trinta) dias, ter promovido aditamento contratual para modificar e adequar a Cláusula Segunda do referido contrato, no que toca à permissão do pagamento de honorários advocatícios contratuais, valendo-se tão somente da verba correspondente aos juros moratórios incidentes no valor do precatório devido pela União.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, no âmbito da Concorrência n. 001/2017, promovida pela Prefeitura de Cana Verde, **entendo** pela procedência parcial da representação formulada pelo Ministério Público de Contas, tendo em vista a irregularidade relativa à deficiência na justificativa para atribuição de pesos distintos para a pontuação de técnica e de preço, em afronta ao disposto no art. 46 da Lei n. 8.666/1993.

No entanto, deixo de aplicar multa ao responsável, com fundamento no art. 22 da Lei de

Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor público no momento da realização do certame licitatório, conforme exposto na fundamentação.

Determino a intimação do atual prefeito de Cana Verde para que, no prazo de 30 (trinta) dias, comprove ter promovido aditamento contratual referente à Cláusula Segunda do Contrato n. 035/2017, decorrente da Concorrência n. 001/2017, de modo a prever o pagamento dos honorários advocatícios pactuados nos limites dos juros moratórios incidentes no valor do precatório devido pela União, conforme decisão do STF no julgamento da ADPF n. 528.

Após o trânsito em julgado e a adoção das medidas cabíveis, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Acolho a proposta de voto.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Também com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também acolho a proposta.

FICA ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR GLAYDSON SANTO SOPRANI MASSARIA)

