



Procedimento nº 1.14.001.000106/2016-89

RECOMENDAÇÃO MPF-PRM/ILH-GAB 03 Nº 05/2016

1. CONTEXTO GERAL.

Vários Municípios brasileiros têm recebido **precatórios da União referentes a diferenças pretéritas de repasse da complementação federal do então FUNDEF (atual FUNDEB)** quanto ao período de 1998 até 2003. Esses precatórios possuem expressivos valores, em geral superiores a R\$ 5 milhões.

Quanto ao tema, têm-se levantado três questões relevantes: **a primeira, em relação à destinação da verba; a segunda, em relação ao valor e forma de cálculo dos honorários advocatícios contratuais** (isto é, os que são pagos além dos honorários sucumbenciais já recebidos pelo advogado ou escritório em Juízo).

2. DA DESTINAÇÃO DOS RECURSOS DECORRENTES DE CONDENAÇÃO DA UNIÃO POR INSUFICIENTE COMPLEMENTAÇÃO DO FUNDEF.

Essa questão se biparte em dois elementos: se a verba pode ser utilizada somente na educação ou em qualquer finalidade; e se, dentro da educação, prevalece para o gasto do precatório a necessidade empregar no mínimo 60% dos recursos para remuneração de pessoal.

2.1. DA FINALIDADE VINCULADA À EDUCAÇÃO.

Se o motivo da condenação foi que a União, no passado, fez depósitos insuficientes na conta vinculada do FUNDEF, então **o destino dessa diferença que agora se recebe deve ser, por imperativo lógico e jurídico, a própria finalidade do FUNDEF** (para recompor o déficit dos depósitos pretéritos).

Não por casualidade, o TCM/BA criou uma rubrica própria – denominada “Conta FUNDEF 2” – justamente para abrigar esses valores, com transparência e fidedignidade a sua finalidade originária.

Alguns Municípios têm argumentado que, no passado, utilizaram verbas próprias para compensar o insuficiente repasse federal e, por isso, deveriam ser agora autorizados a gastar os precatórios decorrentes do FUNDEF como se fossem verba própria, sem vinculação exclusiva às finalidades da educação.

Entretanto, esta alegada utilização pretérita de recursos da conta geral da Prefeitura para compensar o repasse federal insuficiente para o FUNDEF é um outro fato, uma outra causa de pedir, que, para ser levada em conta, necessitaria ter sido comprovada na ação judicial e, sobretudo, reconhecida expressamente na sentença transitada em julgado.

Por certo, se, na ação judicial, o Município houver comprovado essa causa de pedir (a suposta “compensação pretérita com recursos próprios”) e formulado pedido expresso de que os valores decorrentes da condenação voltassem para a conta geral da Prefeitura, sem vinculação; e se esse pedido de desvinculação da finalidade de educação houver sido expressamente deferido na sentença transitada em julgado; aí então, somente nessa hipótese, o Município poderá gastar o montante em quaisquer finalidades públicas.

Porém, se a sentença transitada em julgado simplesmente reconheceu como causa de pedir o fato de que a União efetuou repasses insuficientes para a conta do FUNDEF e determinou a complementação desses repasses, então está claro que a finalidade dos recursos derivados da condenação é a mesma finalidade que motivou a própria condenação: a conta do FUNDEF, com seus propósitos vinculados de manutenção do ensino.

Outro argumento de alguns Municípios tem sido o fato de que o recurso é muito expressivo para ser gasto apenas na educação. Sustenta-se que há outras finalidades urgentes e igualmente relevantes (como obras de saúde, por exemplo), as quais poderiam ser contempladas com essa verba.

Se é esse o caso, cumprirá ao Município alegar e comprovar judicialmente, em cada caso, essas outras necessidades e sua urgência, bem como demonstrar ao Juízo, em uma ação própria, os motivos de não se mostrar possível ou proporcional a aplicação vinculada dos recursos. Tratar-se-á, então, de uma ação judicial cujo pedido é justamente a desvinculação desses recursos – o que, se autorizado judicialmente, naturalmente será cabível.

O que não se pode fazer, entretanto, é, sem autorização judicial específica, receber recursos que originariamente são do FUNDEF e aplicá-los em outras finalidades.

2.2. DA INCOMPATIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO DE 60% COM GASTOS DE PESSOAL.

Por outro lado, quanto à obrigação de aplicar no mínimo 60% dos recursos com remuneração do pessoal da educação, ela não se mostra, em princípio, aplicável a este caso, em razão de previsão expressa veiculada no art. 17, §§2º e 3º, Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1o Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o caput deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

§ 2o Para efeito do atendimento do § 1o, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1o do art. 4o, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

§ 3o Para efeito do § 2o, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

É que a verba ora recebida não é uma receita permanente (que se repetirá nos próximos anos), motivo pelo qual não pode ser utilizada como justificativa para aumentar salários, que são considerados *despesas continuadas de caráter permanente*.

Naturalmente, a solução de *distribuição entre os profissionais da educação sob a forma de bônus ou abono*, alvitrada por alguns sindicatos, tampouco é compatível com o valor da verba e com sua natureza pública. De fato, embora exista previsão abstrata de bônus ou abono de incentivo ao ensino, o fato é que distribuir 60% de tudo que se recebeu a título de atrasados do FUNDEF exclusivamente como abono ou bônus constituiria desvio de finalidade e subversão do propósito da Fundo.

2.3. DAS MANIFESTAÇÕES DE TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E CORTES DE CONTAS.

Examinando a questão da destinação da verba análise, o **Tribunal Regional Federal** da 5ª Região reconheceu sua vinculação à educação:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VMAA. COMPLEMENTAÇÃO DOS RECURSOS. FUNDEF. FUNDEB. CONTADORIA. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO. FORMA DE EXECUÇÃO DO JULGADO. VINCULAÇÃO À EDUCAÇÃO. RETENÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. POSSIBILIDADE. PER RELATIONEM.

(...) 4. A ação ordinária objetivava a complementação dos valores do FUNDEF, que não lhe foram transferidos voluntariamente, portanto o crédito judicial equivale a uma indenização à Prefeitura para a recomposição desses recursos devidos.

5. No entanto, o pagamento do precatório não pode ser vinculado a uma conta específica, no caso, ao FUNDEB, mas **tão somente utilizado e administrado pela Edilidade para a finalidade da educação conforme a necessidade da Municipalidade**.

6. Possibilidade de retenção dos honorários advocatícios contratuais.

7. Apelação da União Federal não provida. (PROCESSO: 00005654520134058305, AC577858/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 26/02/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 05/03/2015 – Pág. 53)

Do mesmo modo, a Diretoria de Assistência aos Municípios do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia firmou entendimento de que:

a) a verba somente pode ser aplicada nas finalidades previstas no art. 2º da Lei 9424/96, ou seja, nas finalidades da manutenção e desenvolvimento da educação;

b) por outro lado, não se aplica, para essa verba, a obrigatoriedade de gastos mínimos de 60% com pessoal.

Ainda nessa linha, a título de exemplo, o **Tribunal de Contas** do Estado de Alagoas já determinou, cautelarmente, a proibição de que a verba do precatório seja destinada a quaisquer finalidades públicas alheias aos propósitos do FUNDEF (<http://www.mpc.al.gov.br/a-pedido-do-mp-de-contas-tc-suspende-contratos-advocaticios-ilegais-e-lesivos-a-verba-de-educacao-dos-municipios/> e DO Eletrônico do TCE-AL de 23.12.2015).

3. DA QUESTÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS.

Alguns Municípios celebraram contratos advocatícios lesivos ao patrimônio público, prevendo honorários contratuais incompatíveis com o alto valor e a baixa complexidade da causa (a qual trata de matéria exclusivamente de Direito, já pacificada).

Os honorários contratuais têm chegado, por vezes, a 20%. Considerando como exemplo um precatório de R\$ 5 milhões, isso resultaria no pagamento de R\$ 1 milhão com recursos públicos, para uma causa com peças-padrão. **Não se pode esquecer, ademais, que os escritórios de advocacia já receberam honorários sucumbenciais no próprio processo judicial, arbitrados igualmente sobre o valor da causa.** Se, além desses, receberem também honorários convencionais (contratuais) em altos percentuais, ter-se-á efetiva desproporcionalidade e lesão ao erário.

Escritórios têm argumentado que os honorários convencionais são uma livre convenção entre o cliente e o causídico. De fato. Ocorre que, neste caso, o cliente é a Fazenda Pública, e os recursos que remuneram os serviços são públicos. Assim, um eventual contrato advocatício que preveja honorários convencionais desproporcionais é lesivo ao patrimônio público e, como tal, há de ser anulado (tanto como qualquer outro ato lesivo ao patrimônio público, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e da Lei da Ação Popular), inclusive com responsabilização dos que derem causa ao prejuízo.

Nesse sentido, **Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia** tem entendimento pacífico de que é **ilícita** a fixação de contratos advocatícios em que, **além dos honorários sucumbenciais fixados em Juízo, o escritório ganhe também um percentual do proveito da causa.**

Com efeito, o art. 55, III, da Lei 8.666/93 estabelece que é cláusula essencial no contrato administrativo a que estabelece e define o **preço** (é dizer, o valor líquido a ser pago). Assim, nos contratos em que a Administração Pública tenha de despender recursos, o preço tem de ser certo e preestabelecido, não se admitindo um contrato cujo valor é desconhecido e depende de fatores aleatórios, como o êxito ou não na demanda. A Administração até pode firmar contrato em que não despenda valor nenhum, e toda a remuneração do escritório seja decorrente de honorários sucumbenciais estabelecidos em Juízo. Entretanto, se for despender algum valor adicional a título de honorários contratuais, este tem de ser pré-definido e certo, independente do êxito ou não na demanda.

Dentre tantos outros precedentes, **assim se manifestou o TCM/BA nos Processos TCM nº 65609/10 e nº 65032/08**. A posição é tão sedimentada que também ensejou a edição dos **prejulgados nº 1199 e 1427, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina**:

I - SOMENTE É ADMISSÍVEL O CONTRATO DE RISCO (AD EXITUM) NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUANDO O PODER PÚBLICO NÃO DESPENDER QUALQUER VALOR, SENDO A REMUNERAÇÃO DO CONTRATADO EXCLUSIVAMENTE OS HONORÁRIOS PELA SUCUMBÊNCIA DEVIDOS PELA PARTE VENCIDA, NOS MONTANTES DETERMINADOS PELO JUÍZO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 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 EXITOSAS PROMOVIDAS PELO CONTRATADO, POIS NESTE CASO SERIA IMPERIOSA A INCLUSÃO DE CLÁUSULA CONTENDO O VALOR DO CONTRATO E OBSERVÂNCIA DAS NORMAS ORÇAMENTÁRIAS E FINANCEIRAS, QUE EXIGEM PREVISÃO DE RECEITAS E DESPESAS.

II (...) O CONTRATO A SER FIRMADO COM O PROFISSIONAL DO DIREITO DEVERÁ TER VALOR FIXO, NÃO PODENDO SE PREVER PERCENTUAL SOBRE AS RECEITAS AUFERIDAS PELO ENTE COM AS AÇÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS EXITOSAS PELO CONTRATADO, SALVO SE A ADMINISTRAÇÃO FIRMAR CONTRATO DE RISCO PURO, ONDE NÃO SE DESPENDA NENHUM VALOR COM A CONTRATAÇÃO, SENDO A REMUNERAÇÃO DO CONTRATADO EXCLUSIVAMENTE PROVENIENTE DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DEVIDOS PELA PARTE VENCIDA, NOS MONTANTES DETERMINADOS PELO JUÍZO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

À parte dessa questão, o fato é que, ainda que os honorários contratuais não tenham sido firmados como percentual do êxito, ou ainda que se considerasse lícita essa prática, o gestor tem a especial obrigação de verificar a eventual onerosidade excessiva do contrato para a Administração e, se for o caso, promover sua anulação ou pleiteá-la em Juízo. O que não pode o gestor é efetuar pagamento desproporcional de valores por uma causa de modelos já prontos, sobretudo considerando que já foram recebidas, em cada ação judicial, os honorários sucumbenciais fixados pelo Judiciário.

Nesse contexto, o **Tribunal de Contas** do Estado de Alagoas já determinou, cautelarmente, a suspensão dos pagamentos de honorários extorsivos referentes aos mencionados precatórios de diferenças do FUNDEF (<http://www.mpc.al.gov.br/a-pedido-do-mp-de-contas-tc-suspende-contratos-advocaticios-ilegais-e-lesivos-a-verba-de-educacao-dos-municipios/> e DO Eletrônico do TCE-AL de 23.12.2015).

4. CONCLUSÃO.

Ante o exposto:

CONSIDERANDO que cabe ao Ministério Público, por determinação constitucional, zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição da República, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, nos termos do art. 129, II, da Constituição Federal de 1988;

CONSIDERANDO ser atribuição do Ministério Público Federal promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, bem como “*expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis*” (art. 129, inciso III, da Constituição Federal e art. 6º, incisos VII, alínea “b”, primeira parte e XX, da Lei Complementar nº 75/93).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

1. REQUISITA a essa Prefeitura Municipal que:

a) **Informe**, no prazo de 20 (vinte) dias, se esse Município recebeu ou tem a receber, nos anos de 2015 e 2016, precatórios referentes a diferenças da complementação federal do FUNDEF quanto ao período 1998-2007, respondendo a esse a todos os demais questionamentos formulados pelo MPF no Ofício enviado conjuntamente com a presente Recomendação e, também, encaminhando, se o caso, os documentos requisitados no referido Ofício.

2. **RECOMENDA a essa Prefeitura que**, caso tenha recebido, receba ou tenha a receber verbas dessa natureza:¹

a) aplique as verbas decorrentes de **precatórios do FUNDEF (diferenças de complementação federal) exclusivamente na manutenção e desenvolvimento do ensino**

¹ De precatórios referentes a diferenças da complementação federal do FUNDEF.

e valorização do magistério, em atenção ao art. 2º da Lei 9424/96, salvo autorização literal e expressa em decisão judicial para emprego em finalidades distintas;

b) suspenda quaisquer pagamentos de honorários advocatícios contratuais/convencionais que tenham sido fixados como percentual do proveito obtido com a ação judicial, promovendo, inclusive, a anulação do referido contrato nesse particular, por ilegalidade e lesão ao erário, ou o ajuizamento de ação judicial cabível para essa anulação;

c) em todos os contratos de honorários firmados nesse tema (ainda que sem a ilegal fixação de honorários contratuais como percentual da causa), examine com especial cautela os valores dos honorários convencionais pagos a escritórios de advocacia em razão do recebimento dessas diferenças do FUNDEF, a fim de impedir o pagamento de valores desproporcionais ou lesivos ao erário – promovendo, inclusive, a anulação dos contratos ou a correspondente ação judicial para essa anulação, em caso de previsão de valores desproporcionais.

EFICÁCIA DA RECOMENDAÇÃO E ADVERTÊNCIAS LEGAIS: A presente recomendação tem por finalidade cientificar formalmente Vossa Excelência quanto a todas as questões e fundamentos aqui expostos, deixando claro, inclusive, que eventual descumprimento poderá ensejar a adoção das providências legais e judiciais cabíveis por este **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, quer em face do ente público, quer em face diretamente do gestor, caso fique demonstrada a prática de ato ímprobo.

Deverá(ão) o(s) destinatário(s) da presente Recomendação, sob as advertências legais, **informar**, no prazo de até 20 (vinte) dias contados do seu recebimento, o devido acatamento/atendimento desta Recomendação e as providências adotadas para o fiel cumprimento de seus termos.

Ilhéus-BA, 16 de junho de 2016.

TIAGO MODESTO RABELO
PROCURADOR DA REPÚBLICA