

**REPRESENTAÇÃO Nº 1.047.990**

**Representante:** Ministério Público junto ao Tribunal

**Representada:** Prefeitura Municipal de Engenheiro Caldas

**À SECRETARIA DA SEGUNDA CÂMARA,**

O Ministério Público junto ao Tribunal, com fundamento nos documentos encartados às fls. 1 a 241, formula representação, com pedido de medida cautelar, em desfavor dos Srs. Samuel Dutra Júnior, Prefeito do Município de Engenheiro Caldas; José Ferrarese, Secretário Municipal de Administração; e da Monteiro e Monteiro Advogados Associados, por aduzidas irregularidades na formalização do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017 e do consectário Contrato Administrativo nº 021/2017, celebrado entre o Município de Engenheiro Caldas e a Monteiro e Monteiro Advogados Associados, para “prestar serviços jurídicos em defesa do Direito da **CONTRATANTE**, no âmbito administrativo e/ou judicial, propondo e acompanhando os procedimentos até final decisão em ambas as esferas, no que concerne à recuperação dos valores do FUNDEF que deixaram de ser repassados aos municípios em face da ilegal fixação nacional do valor mínimo anual por aluno, na forma da Lei n. 9.424/96” (fl. 216).

Da peça inaugural de fls. 1 a 21, depreende-se que a representação se originou do Procedimento Preparatório nº 044.2018.266 instaurado pelo *Parquet* de Contas, visando à apuração de possíveis ilegalidades na mencionada contratação direta, por inexigibilidade de licitação, quando foram requisitados do Sr. Samuel Dutra Júnior informações e documentos necessários ao esclarecimento dos fatos.

O representante salienta, em síntese, à fl. 10-v, que o contrato celebrado entre as partes acarreta desvio de finalidade de verbas públicas vinculadas à educação, sobretudo na parte em que estipula previsão de pagamento de 20% do valor recuperado a título de honorários advocatícios à Monteiro e Monteiro Advogados Associados, para a execução de decisão judicial proferida em ação civil pública, que assegurou aos municípios o direito de recebimento de valores devidos pela União a título de complementação do FUNDEF, entre os exercícios financeiros de 1998 e 2006.

Sustenta que, a despeito de a execução da decisão judicial encontrar-se atualmente suspensa, a paralisação processual se deu de maneira provisória, em razão de tutela cautelar na ação rescisória ajuizada pela União perante o TRF da 3ª Região.

Para além desses apontamentos, alega ilegalidades na formalização do processo de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, a saber: a) violação ao art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, por se tratar de processo “montado” e por ausência de justificativa do preço; e b) afronta ao inciso II do art. 25 desse mesmo diploma e ao enunciado da Súmula 106 do TCE/MG, diante da ausência de inviabilidade de competição e de singularidade do objeto.

Quanto à primeira ilegalidade destacada, argumenta que há fortes indícios de que o processo de inexigibilidade tenha sido “montado”, porquanto, do exame dos documentos requisitados, apurou-se “que todas as etapas do processo ocorreram no mesmo dia, ou seja, em 13 de fevereiro de 2017” (fl. 6). Aliado a isso, aduz não haver sequência lógica nos atos que integraram o procedimento e, ainda, estar ausente

documento capaz de comprovar a realização de pesquisa de mercado que justificasse o valor cobrado pela contratada, a título de honorários advocatícios contratuais, para execução de serviço de pouca complexidade jurídica.

Sobre a segunda ilegalidade destacada, o representante informa, à fl. 7, que, embora não haja dúvida acerca da capacidade profissional e da notória especialização da contratada, “não há como sustentar, em face da natureza dos serviços prestados, a presença de um serviço excepcional que demandasse alguém notoriamente especializado e que não pudesse ser executado pelo próprio assessor jurídico do Município de Engenheiro Caldas ou mesmo por outro escritório contratado por regime de competição”.

Consigna que a matéria foi analisada pela Controladoria Geral da União, que, de igual modo, ao examinar a contratação de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de licitação, para cumprimento de sentença com vistas à recuperação de valores do FUNDEF, afastou a singularidade do objeto e, também, a inviabilidade de competição.

Outro ponto contestado na representação refere-se à nulidade da forma de remuneração da contratada, por caracterizar desvio de verbas da educação, diante da redação conferida à cláusula quarta do Contrato Administrativo nº 021/2017 (fl. 216 e 217):

*CLÁUSULA QUARTA – DOS HONORÁRIOS – AD EXITUM*

Em contraprestação aos seus serviços, a CONTRATADA perceberá remuneração honorária equivalente a 20% (vinte por cento) do montante recuperado sobre o benefício proporcionado à CONTRATANTE, valor este a ser apurado através do devido procedimento de cumprimento de sentença e a ser recebido através de precatório judicial e condicionado a que isso venha a ocorrer. (...)

§2. Fica estipulado que, com fulcro no art. 22, §4º da Lei n.º 8.906/94, no ato da expedição do precatório/RPV/Alvará ou levantamento dos créditos passíveis de restituição, a CONTRATADA irá requerer em Juízo o destaque dos honorários contratuais, independentemente do recebimento dos honorários de sucumbência, se for o caso.

Para o representante, a estipulação contratual evidenciada é irregular seja em relação aos honorários advocatícios sucumbenciais, seja no tocante aos honorários advocatícios contratuais, ajustados em 20% do montante recuperado.

Em relação aos honorários sucumbenciais, faz menção ao parecer exarado na Consulta nº 873.919, no qual ficou assentado que: “[...] b.2. os honorários de sucumbência, quando vencedor o ente público, pertencem à entidade, e não ao procurador ou representante judicial, devendo ser contabilizados como fonte de receita”.

Por essa razão, o representante consigna que valores relativos aos honorários de sucumbência devem ser, forçosamente, contabilizados como receita pública.

No que tange aos honorários advocatícios contratuais, fixados em 20% do montante recuperado, o representante entende que tal prática é irregular, pois configura desvio de verbas “carimbadas” do FUNDEF, as quais devem ser aplicadas na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério.

Sustenta que, na aplicação dos recursos vinculados à educação, não há margem para a discricionariedade quanto à sua destinação, razão pela qual, sob esse enfoque, entende que a cláusula quarta do contrato celebrado constitui “afrenta direta e frontal à natureza do antigo FUNDEF, hoje substituído pelo FUNDEB” (fl. 9), vulnerando, assim, o art. 60 do ADCT da Constituição da República, os arts. 2º e 21 da Lei nº 11.494, de 2007, e o parágrafo único do art. 8º da Lei Complementar nº 101, de 2000 (LRF).

Salienta que o Município de Engenheiro Caldas teria direito de receber, conforme valor estimado pela contratada, R\$2.407.975,81 (dois milhões quatrocentos e sete mil novecentos e setenta e cinco reais e oitenta e um centavos), que deveriam ser, integralmente, aplicados em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino. Contudo, diante da previsão de pagamento de 20% desse montante a título de honorários advocatícios, pode-se estimar desvio de verbas da educação da ordem de R\$481.000,00 (quatrocentos e oitenta e um mil reais).

A propósito do tema, o representante cita o Acórdão nº 1.824/2017-Plenário, no qual o Tribunal de Contas da União, em 23/8/2017, assentou o entendimento de que o pagamento de honorários aos patronos contratados deve ser feito com verba própria, e não com retenção de verba vinculada. Em igual sentido, foram colacionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, nas quais é vedada a retenção de honorário contratual do valor da complementação da verba do FUNDEF no momento da expedição de precatório.

Na sequência, o representante, diante da ausência de singularidade do serviço contratado e do disposto no inciso XVIII do art. 3º da Lei Complementar nº 102, de 2008, sustenta que este Tribunal de Contas deve determinar ao gestor que promova a anulação do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017 e, por conseguinte, do Contrato Administrativo nº 021/2017, celebrado entre o Município de Engenheiro Caldas e a Monteiro e Monteiro Advogados Associados.

Ademais, por força do disposto no parágrafo único do art. 21 da Lei nº 13.655, de 2008, assevera que o Tribunal deve indicar as consequências jurídicas e administrativas aplicáveis ao caso, as quais, concisamente, seriam: a) a retirada da validade do mandato conferido pelo Município ao escritório nominado para o ajuizamento e acompanhamento da ação de cumprimento da sentença nº 0017324-27.2017.4.01.3400, com a designação do advogado responsável pela Secretaria de Assuntos Jurídicos do Município de Engenheiro Caldas para dar continuidade ao acompanhamento da ação; e b) a fixação do entendimento de que o escritório contratado não tem direito a ser indenizado pelo que já houver executado, sobretudo, por ter dado ensejo à nulidade, observado o disposto no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666, de 1993.

Por derradeiro, à vista do potencial lesivo do contrato e por vislumbrar receio de grave lesão ao erário e risco de ineficácia da decisão de mérito, o representante requer, à fl. 12-v, “o deferimento de **medida cautelar** para que **o Município de Engenheiro Caldas se abstenha de realizar qualquer pagamento ao contratado referente aos honorários advocatícios contratuais, mesmo que indiretamente, por meio de requerimento judicial de desmembramento de eventual precatório, até que o mérito da presente representação seja definitivamente julgado, sob pena de a despesa ser considerada irregular e o gestor ser responsabilizado pessoalmente**”.

O representante entende satisfeito o requisito do *fumus boni iuris*, diante da patente nulidade do contrato, que pode ocasionar desvio de aproximadamente R\$481.000,00 (quatrocentos e oitenta e um mil reais) que deveriam ser aplicados exclusivamente na educação, em afronta ao inciso IV do art. 60 do ADCT da Constituição da República, ao parágrafo único do art. 8º da LRF e à Lei nº 11.494, de 2007.

O representante entende configurado o *periculum in mora*, com o ajuizamento, pelo Município de Engenheiro Caldas, de ação pleiteando o cumprimento da sentença na Seção Judiciária do Distrito Federal, em 7/4/2017, embora, em 19/6/2018, o Prefeito Municipal tenha informado que não houve a execução do serviço contratado. A esse respeito, à fl. 13, foi salientado, ainda, que:

91. A ação de cumprimento de sentença n. 0017324-27.2017.4.01.3400, que tramita na 14ª Vara de Brasília, encontra-se em fase recursal uma vez que teve sua inicial indeferida ao argumento de que “o título judicial exequendo somente tem eficácia no âmbito territorial do órgão prolator, nos termos do disposto no art. 16 da Lei n. 7.347/1985.” (doc. anexo).

92. O risco de dano ao erário municipal é evidente, pois, caso ocorra o reconhecimento da ilegalidade da contratação somente ao final do processo, por ocasião da prolação de decisão de mérito, os prejuízos já estarão consolidados, afinal, os honorários advocatícios poderão, nessa oportunidade, já terem sido pagos, perdendo-se, assim, a efetividade/utilidade da decisão de mérito desta Corte (mais um requisito que autoriza a expedição de provimento acautelatório).

Narrados os fatos, o representante, entre outras medidas, requer: a) o recebimento da representação em face das irregularidades apontadas nos autos; b) o deferimento de medida cautelar “para determinar ao Município de Engenheiro Caldas que se abstenha de realizar qualquer pagamento ao contratado, direta ou indiretamente, por meio de requerimento judicial de desmembramento de eventual precatório, até que o mérito da presente representação seja definitivamente julgado, sob pena de a despesa ser considerada irregular e o gestor ser responsabilizado pessoalmente”; c) a citação dos responsáveis; e d) a procedência da representação com a aplicação de sanção aos responsáveis e fixação de prazo para que o gestor promova a anulação do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017 e, por conseguinte, do Contrato Administrativo nº 021/2017, celebrado entre o Município de Engenheiro Caldas e a Monteiro e Monteiro Advogados Associados.

É o que consta dos autos, em síntese. Passo ao exame da medida cautelar.

A medida cautelar requerida, segundo o representante, tem por finalidade, em face da remuneração ajustada no contrato, evitar possível destinação diversa da prevista na Constituição da República e na legislação infraconstitucional de regência de parcela dos valores devidos pela União, relativamente à complementação de recursos financeiros do FUNDEF que está sendo pleiteada na via judicial pelo Município de Engenheiro Caldas.

Embora não desconheça a existência de julgados em que foi consolidada a impossibilidade de se destacar honorários advocatícios, em precatórios relativos à complementação de recursos financeiros do FUNDEF devidos pela União, colho dos autos, sobretudo do documento de fls. 239 e 240, juntado pelo próprio representante, que a inicial da ação de cumprimento de sentença nº 0017324-27.2017.4.01.3400, que tramita na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, foi indeferida sob o fundamento de que “o título judicial exequendo somente tem eficácia no âmbito territorial do órgão prolator, nos termos do disposto no art. 16 da Lei n. 7.347/1985”.

E, em consulta ao andamento processual da Justiça Federal do Distrito Federal, verifiquei que os embargos de declaração opostos em face da referida sentença foram rejeitados, conforme decisão disponibilizada no DJF de 3/8/2017. Constatei, também, que foi interposta apelação, que se encontra sob a relatoria do Desembargador Federal Ítalo Fioravanti, ainda pendente de decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Esse estado de coisas revela, até o momento, ausência de evidências capazes de configurar risco de ineficácia da decisão de mérito do Tribunal de Contas sobre a representação formulada pelo *Parquet* de Contas.

Dessa forma, considerando a sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 14ª Vara Federal do Distrito Federal na qual ficou assentado, repita-se, que “o título judicial exequendo somente tem eficácia no âmbito territorial do órgão prolator, nos termos do

disposto no art. 16 da Lei n. 7.347/1985”, e ainda que mesmo a eficácia do título judicial exequendo está atualmente suspensa, em virtude de tutela cautelar deferida em ação rescisória ajuizada pela União e que tramita perante o juízo do TRF3, como informado pelo próprio representante, não vislumbro, por ora, risco iminente de desvio de parcela da complementação de recursos financeiros do FUNDEF que seria devida pela União à municipalidade, tratada na representação em exame.

Pelas razões expendidas, entendo suficiente, nesta etapa da instrução processual, recomendar ao Sr. Samuel Dutra Júnior, Prefeito do Município de Engenheiro Caldas, que a Administração municipal se abstenha de realizar qualquer pagamento de honorários advocatícios com fundamento no Contrato Administrativo nº 021/2017, ainda que por meio de requerimento judicial de desmembramento de possível precatório, até nova manifestação deste Tribunal de Contas.

Ademais, em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição da República, e observado o disposto no § 2º do art. 166 e no art. 311 c/c o *caput* do art. 307, todos da Resolução TC nº 12, de 2008, determino a citação do Sr. Samuel Dutra Júnior, Prefeito do Município de Engenheiro Caldas; do Sr. José Ferrarese, Secretário Municipal de Administração; e da Monteiro e Monteiro Advogados Associados, para que, no prazo improrrogável de quinze dias, apresentem defesa e/ou documentos que entenderem pertinentes sobre os fatos apresentados pelo Ministério Público junto ao Tribunal.

Comunique-se, ainda, que a defesa deverá ser apresentada por eles próprios ou por procurador devidamente constituído, por meio de instrumento de mandato original ou cópia autenticada, conforme *caput* do art. 164 da Resolução nº 12, de 2008, e, ainda, que a ausência de manifestação no prazo assinado implicará a apreciação dos autos com base no atual estágio da instrução processual.

Para os gestores públicos nominados, os ofícios de citação deverão ser enviados para os locais de trabalho, bem como para os respectivos endereços domiciliares ou residenciais.

Após a manifestação dos citados, ou transcorrido o prazo assinado *in albis*, venham-me os autos conclusos.

Intime-se o representante.

Tribunal de Contas, em 3/9/2018.

**GILBERTO DINIZ**  
**Conselheiro Relator**