

ESPÉCIE: Representação

DOCUMENTO: Relatório de Instrução nº 0051/2022

FASE: Acautelatória

PROCESSO Nº: 07119/2022-0

ENTE: Município de Palmácia

UNIDADE JURISDICIONADA: Secretaria de Educação

RESPONSÁVEL(EIS)/INTERESSADO(S): Antônio Cláudio Mota Martins (ex-Prefeito de Palmácia); Maria Iolanda Campos Olinda (Secretária de Educação); Ministério Público de Contas (MPC) (interessado)

EXERCÍCIO: 2022

EMENTA: Fase acautelatória. Representação. Pedido de medida cautelar. Município de Palmácia. Secretaria de Educação. Exercício de 2022. Supostas irregularidades na Concorrência Pública nº 2022.02.15.01-CP. Irregular destinação dos recursos do FUNDEB. Ato de gestão antieconômico – possibilidade de dano aos cofres públicos municipais. Honorários contratuais exorbitantes. Usurpação da competência da Procuradoria do município. Inexistência de justificativa para atribuição de peso à nota técnica. Presença da fumaça do bom direito. Presença do perigo da demora. Ausência do perigo da demora reverso. Deferimento.

1. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, formulada pelo Ministério Público de Contas (MPC) junto a este Tribunal, requerendo a suspensão da Concorrência Pública nº 2022.02.15.01-CP, promovida pela Secretaria de Educação do município de Palmácia, que objetiva a contratação de serviços técnicos especializados de consultoria visando recuperação de créditos tributários, tendo por base título judicial obtido nos autos do Processo nº 005061627.1999.4.03.6100 do município de Palmácia/CE.

2. Por meio do Despacho nº 1400/2022 (seq. 10) a Secretaria de Controle Externo encaminhou os autos a esta unidade técnica, conforme dispõe a Resolução Administrativa nº 08/2019 e alterações posteriores, para análise e adoção das medidas cabíveis, em atenção à determinação contida no Despacho Singular nº 182/2022 (seq. 9), do Relator Conselheiro Substituto Fernando Antônio Costa Lima Uchôa Júnior.

2. EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. No tocante a preliminar de admissibilidade, esta Assessoria de Instrução de Cautelares da



Secretaria de Controle Externo considera que a presente Representação merece guarida, posto que intentada pelo Ministério Público Especial, junto a este Tribunal de Contas, em conformidade com as atribuições que lhes foram conferidas pelo art. 25, VII, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas (RITCE).

4. Por seu turno, a Lei n.º 16.819/2019, que regulamenta o Ministério Público Especial, discrimina, dentre as atribuições desse *Parquet*, o seguinte:

5. Art. 87-B - O Ministério Público Especial junto ao Tribunal, submetido aos dispositivos da Lei n.º 13.720, de 21 de dezembro de 2005, zelar, no exercício de suas atribuições, pelo cumprimento desta Lei, competindo-lhe:

6.(...)

7.VII - representar, motivadamente, perante este Tribunal de Contas do Estado, pela realização de inspeções, auditorias, tomadas de contas e demais providências em matéria de competência do Tribunal;

8. Portanto, no presente feito, esta Assessoria entende pelo acolhimento da presente Representação, tendo em vista que o Órgão Ministerial agiu no cumprimento de suas atribuições funcionais.

3. EXAME TÉCNICO

3.1. DAS ALEGAÇÕES

9. Em suma, o Ministério Público de Contas, junto a este Tribunal, alega que, após análise do processo administrativo referente à Concorrência Pública nº 2022.02.15.01-CP verificou a existência das seguintes irregularidades: i) irregular destinação dos recursos do FUNDEB; ii) ato de gestão antieconômico – possibilidade de dano aos cofres públicos municipais; iii) honorários contratuais exorbitantes; iv) usurpação da competência da Procuradoria do município; v) inexistência de justificativa para atribuição de peso à nota técnica.

3.1.1. Da irregular destinação dos recursos do FUNDEB

10. Destaca inicialmente o MPC que, conforme disposto no item 12.9 do edital da Concorrência Pública, o pagamento dos honorários contratuais poderá se dar por meio de destaque em eventuais precatórios expedidos.

11. Inobstante, defende que “os recursos de recomposição da conta do FUNDEF/FUNDEB são vinculados desde o seu nascedouro para a EDUCAÇÃO e, independentemente do momento em que aportem na conta do Fundo, mantêm a sua destinação específica”, assim, “não podendo ser empregados senão naqueles itens estabelecidos no art. 71 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), sendo incabível a sua utilização para pagamento de honorários advocatícios”.

12. Cita a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual permitiu o prosseguimento das execuções da execução da ACP nº 1999.61.00.0506160, bem como as Ações Cíveis Originárias nº 648, 660, 669 e 700.

3.1.2. Do ato de gestão antieconômico – possibilidade de dano aos cofres públicos municipais

13. Quanto ao item, o MPC cita que, na licitação em apreço, o pagamento está estimado em R\$ 1.401.113,02 a título de honorários advocatícios, pela mera execução da decisão da Ação Civil Pública. Ainda:

Contudo, **chama a atenção o fato de que já há uma ação de execução do título, sob o nº 0065118-78.2016.4.01.3400 (Doc. 02), e a Procuradoria Geral do Município de Palmácia inclusive requereu a habilitação nos referidos autos, em 10/05/21 (Doc. 03).** Logo, demonstra-se cabalmente que não há necessidade de contratação de advogados, posto que a Procuradoria-Geral do Município está à frente da ação de execução já em andamento. (grifo original)

14. Nesse azo, defende que a decisão de contratar advogados para patrocinar a ação judicial objeto da Concorrência Pública nº 2022.02.15.01-CP é antieconômica, gerando um potencial dano ao erário referente aos honorários contratuais (valor total estimado de R\$ 1.401.113,02).

3.1.3. Dos honorários contratuais exorbitantes

15. Referente ao ponto, menciona que o item 12.6 do edital “define que remuneração pelos serviços se dará em percentual sobre o total das verbas do FUNDEF recuperadas”, e que, conforme tópico II.2, “chega-se ao exorbitante valor de R\$ 1.401.113,02, valor absolutamente desproporcional à complexidade da causa, que se refere à matéria amplamente discutida nas duas últimas décadas entre os operadores do Direito”.

16. Defende ainda que a cláusula viola disposições do art. 55, III da Lei Federal nº 8.666/93, o

qual impõe, como obrigatória, a existência de cláusula contratual relativa à fixação de preço e condições de pagamento, e que “a inexistência de valores fixos e determinados para a contratação é vedada pela Lei de Licitações”.

3.1.4. Da usurpação da competência da Procuradoria do município

17. Quanto ao ponto, o MPC aduz que, em consulta ao Processo nº 0065118-78.2016.4.01.3400, “identificou-se que a Procuradoria-Geral do Município (PGM) peticionou no feito requerendo a habilitação nos autos e a exclusão dos advogados particulares que até então patrocinavam a ação de cumprimento de sentença”. Segue:

Na oportunidade, requereu-se inclusive que os honorários contratuais fossem destinados à PGM (...)

Ora, a razão de um Município contar com uma Procuradoria está fundada justamente na necessidade de apoio, orientação e respaldo jurídico à municipalidade. Dentre diversas outras atividades, os Procuradores do Município têm por atribuição a propositura de ações judiciais e administrativas em nome do Município e do interesse público.

18. Conclui defendendo que “a demanda judicial a fim de reaver valores do FUNDEF deve continuar sendo acompanhada pela respectiva Procuradoria Municipal”, a qual “detém atribuição de representação do Município em juízo, sob pena de usurpação de sua competência”.

3.1.5. Da inexistência de justificativa para atribuição de peso à nota técnica

19. Quanto ao item, o MPC alerta que, conforme item 6 do edital, “a nota da proposta técnica terá peso de 70% sobre a nota final do Certame”, mas que não consta no Termo de Referência ou qualquer outro anexo do Instrumento Convocatório “a justificativa para a preponderância da proposta técnica, notadamente quando o objeto do Certame é a simples execução de título judicial”.

20. Cita jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), e conclui pela ocorrência de irregularidade, tendo em vista que “não se vislumbra, no caso em apreço, necessidade de se privilegiar exacerbadamente a nota técnica em detrimento do preço, tendo em vista que a causa não é complexa e considerando a inexistência de justificativa acerca da ponderação atribuída”.

3.1.6. Da Ação Judicial nº 0058808-66.2010.4.01.3400

21. Além das impropriedades apontadas no bojo da Concorrência Pública nº 2022.02.15.01-

CP, o MPC informa que, em consulta ao sítio eletrônico da Justiça Federal, foi constatado o Processo nº 0058808-66.2010.4.01.3400 (ação ordinária), autuado em 17/12/2010, tendo como autor o Município de Palmácia e como causídicos os Drs. Sylvio Cadematori Neto e Márcio Ziulkoski, perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (Doc. 01). Aduz que:

Ocorre que a contratação dos advogados particulares padece dos mesmos vícios apontados nos tópicos acima (II.1 a II.4), em relação à Concorrência Pública nº 2022.02.15.01-CP.

Da análise do referido processo judicial, verifica-se que a União foi condenada a pagar ao Município de Palmácia/CE a diferença, a título de complementação para o FUNDEF, do período de 17.12.2005 a 28.02.2007.

22. Concluem alegando que o feito encontra-se em fase de execução de sentença, tendo o Município requerido a expedição de precatório no valor de R\$ 1.585.068,24, tendo pactuado honorários contratuais na ordem de 25% do valor recuperado, sendo necessária a atuação urgente do TCE/CE para impedir o pagamento de honorários, considerando que “a contratação dos referidos advogados é irregular”.

3.2. DA ANÁLISE

23. Ressalte-se que, em virtude da urgência que o caso requer, esta unidade técnica ater-se-á, inicialmente, somente, à análise do pedido de medida cautelar, para o qual passa a examinar as supostas irregularidades apontadas na presente Representação.

3.2.1. Da irregular destinação dos recursos do FUNDEB

24. Quanto ao primeiro ponto, é pacífica na jurisprudência do TCU a impossibilidade destinação de recursos de precatórios do FUNDEF/FUNDEB para pagamento diverso ao previsto no art. 60 do ADCT e nas disposições do art. 21 da Lei nº 11.494/2007:

A destinação, pelo ente municipal, de valores de precatórios relacionados a verbas do Fundef e do 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, devendo o município restituir à conta do Fundeb municipal, com recursos próprios, os valores utilizados irregularmente, sob pena de instauração de processo de tomada de contas especial. Acórdão 1347/2020-Plenário | Relator: ANA ARRAES

A destinação de valores de precatórios relacionados a verbas do Fundef e do 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. Acórdão 1824/2017-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

É vedado o pagamento de honorários advocatícios com recursos oriundos dos precatórios do extinto Fundef, inclusive com os relativos aos juros de mora, pois, como acessórios que são, estes têm a mesma natureza do valor principal e devem acompanhá-lo em seu destino, ou seja, a aplicação exclusiva em despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos dos arts. 60 do ADCT, 21 da Lei 11.494/2007, 2º da Lei 9.424/1996 e 70 da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Acórdão 2758/2020-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES (grifamos)

25. Ainda, como bem pontuado pelo MPC, o STF acompanha o entendimento da Corte Nacional de Contas:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 636.978-RG (TEMA 422). VINCULAÇÃO DE VERBAS DA UNIÃO PARA A MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. INVIABILIDADE DO USO DOS RECURSOS PARA DESPESAS DIVERSAS. PROVIMENTO PARCIAL. 1. O acórdão não divergiu do entendimento firmado pelo Plenário desta CORTE, no julgamento do mérito da repercussão geral reconhecida no RE 841.526-RG (Rel. Min. LUIZ FUX, Tema 592). 2. **As verbas do FUNDEF não podem ser utilizadas para pagamento de despesas do Município com honorários advocatícios contratuais.** 3. Agravo interno a que se dá parcial provimento' (ARE nº 1.066.281/PE-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 26/11/18). (grifamos)

26. Isso posto, entende-se **configurada a fumaça do bom direito**, em decorrência da previsão de pagamento da contratada com verbas do precatório do Fundeb, em desrespeito ao art. 60 do ADCT c/c art. 21 da Lei nº 11.494/2007.

27. Cumpre esclarecer que o TCU, no bojo do Acórdão nº 1824/2017 (Proc. TC nº 005.506/2017-4), assentou expressamente a sua competência para o exame, fiscalização e determinações sobre tais recursos públicos, por entender que as verbas relativas às diferenças do FUNDEF/FUNDEB são de origem Federal, confira-se:

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. (grifamos)

28. Ainda no mesmo acórdão, o TCU firmou entendimento pelo cabimento de determinação a fim de que haja a recomposição dos recursos à conta do fundo em caso de pagamento diverso do



previsto na constituição e na lei, sendo possível a instauração de Tomada de Contas Especial:

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;

(grifamos)

29. Isso posto, entende-se que o eventual pagamento realizado pelo município de Palmácia de forma diversa ao entendimento jurisprudencial, poderá ensejar a atuação do Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, entende-se necessária a ciência do referido órgão da irregularidade identificada.

3.2.2. Dos honorários contratuais exorbitantes e do ato de gestão antieconômico – possibilidade de dano aos cofres públicos municipais

30. Por tratarem de tema correlato, os itens II.2 (seq. 2, pág. 6) e II.4 (seq. 2, pág. 7) serão tratadas neste relatório em um item único.

31. Quanto ao ponto, esta Assessoria sintetiza o apontamento em duas possíveis irregularidades: (a) contrato *ad exitum*; (b) contratação com valores exorbitantes, com possibilidade de dano aos cofres públicos.

32. Como citado pelo MPC, conforme o item 12.6 do edital (seq. 7, pág. 52) a remuneração honorária da contratada se dará como percentual do valor recuperado.

33. No âmbito da Administração Pública, o contrato a ser firmado com o profissional do Direito deverá estabelecer valor fixo, não podendo se cogitar da aplicação de percentual sobre as receitas auferidas pelo Ente por força de ações administrativas ou judiciais exitosas conduzidas pelo contratado, salvo se a Administração firmar contrato de risco puro, na qual a remuneração do contrato dar-se-á exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida.



34. Cabe, também, aduzir, por relevante, que a vinculação da remuneração do profissional do Direito a percentual do montante de créditos efetivamente recuperados contraria o princípio orçamentário da universalidade, pelo qual o orçamento deve conter todas as receitas e despesas do Estado.

35. Na Lei nº 4.320/1964, o princípio em tela traduz-se nos seguintes dispositivos:

Art. 2º A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e da despesa, de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade.

Art. 3º. A Lei do orçamento compreenderá todas as receitas, inclusive as operações de crédito autorizadas em lei.

36. A avença tampouco se coaduna com a legislação pertinente no plano contratual, porquanto nos moldes estatuídos pelo art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993, é cláusula essencial no contrato administrativo a que estabelece e define o preço. É dizer: 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, salvo se a Administração firmar contrato de puro risco. Vejamos:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

(...)

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica.

37. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Contas do Estado do Ceará:

Por outro lado, não se pode ignorar o fato de que a cláusula *ad exitum* constitui pactuação de risco, baseada em pagamento indefinido e futuro, prejudicando a estipulação do preço no contrato, obrigatória por força do art. 55, inciso III, da Lei no 8.666/1993. **Não encontra amparo na Lei no 8.666/1993 e desrespeita o princípio da universalidade do orçamento.** Processo nº 06656/2019-7. Resolução nº 04393/2020, *in verbis*:

5.4.3) abstenham-se de firmar contratos com escritórios de advocacia que prevejam um percentual fixo sobre o montante a ser auferido pelo ente para pagamentos de honorários advocatícios, salvo contrato por risco puro, no qual o contratado será remunerado exclusivamente mediante honorários sucumbenciais, por ofensa ao disposto no art. 55, III da Lei Federal nº 8.666/93, que prevê a necessidade de fixação de preço e condições de pagamento.

Processo nº 04867/2018-3. Acórdão nº 451/2019.

(grifamos)

38. Ainda, no mesmo sentido, destaquem-se os julgados a seguir:

(...) o Tribunal de Contas dos Municípios, pelos membros integrantes de seu Colegiado, com base na doutrina e jurisprudência acima mencionada, manifestar o entendimento pela imprescindibilidade da licitação para a Administração contratar serviços advocatícios, sempre que houver viabilidade de competição, mesmo preenchidos os requisitos de singularidade e notória especialização, bem como que somente é admissível o contrato de risco na Administração Pública quando o Município não despende qualquer valor, **sendo a remuneração do contratado proveniente, exclusivamente, dos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida, no montante determinado pela sentença condenatória.** RESOLUÇÃO RC Nº 028/0576 TCM/GO¹.

(...)

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro no art. 59 c/c o art. 113 da Constituição do Estado e no art. 1º, XV, da Lei Complementar n. 202/2000, decide:

(...)

6.2.5. 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 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; Decisão nº 2762/2003 Processo nº CON – 03/03065230 TCE/SC²

(grifamos)

39. No tocante a exorbitância do valor pago é inconteste que não se pode afastar a **razoabilidade**, a **proporcionalidade** e a **economicidade** do processo de formação do preço. Nessa senda, o percentual, puramente, não é capaz de refletir o atendimento dos citados princípios. Cumpre-se citar julgados do Tribunal de Contas da União quanto ao tema:

A contratação com dispensa de licitação de instituição sem fins lucrativos, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado, além de **comprovada razoabilidade do preço cotado.** Acórdão 2053/2007-Plenário | Relator: UBIRATAN AGUIAR

A celebração de contrato por inexigibilidade de licitação não dispensa a necessidade de especificação precisa do produto a ser adquirido, incluindo os prazos de execução de cada etapa do objeto, e deve ser precedida de justificativa de preços, **a partir de orçamento detalhado que contenha demonstração de que os valores apresentados sejam razoáveis e atendam aos princípios da**

1 <https://www.tcmgo.tc.br/site/wp-content/uploads/2017/06/RC028-2005.pdf>

2 <http://consulta.tce.sc.gov.br/relatoriosdecisao/relatoriotecnico/3777179.PDF>

eficiência e economicidade. Acórdão 10057/2011-Primeira Câmara | Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO

A justificativa de preço em contratação decorrente de inexigibilidade de licitação (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) pode ser feita mediante a **comparação do valor ofertado com aqueles praticados pelo contratado junto a outros entes públicos ou privados**, em avenças envolvendo o mesmo objeto ou objeto similar. Acórdão 2993/2018-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS

40. Por outro lado, o próprio TCU já entendeu que as tabclas de honorários fixados pelos conselhos não constituem referência obrigatória para contratações públicas:

As tabelas de honorários estabelecidas por conselhos profissionais ou associações de classe não constituem referência oficial obrigatória para as licitações públicas, uma vez não ser possível afirmar que tais preços são representativos dos valores praticados no mercado, pois fixados pelas entidades e não obtidos a partir de pesquisas com profissionais do setor. Acórdão 288/2015-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER (grifamos)

41. Pelo exposto, entende-se **configurada a fumaça do bom direito**, por descumprimento do art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993, decorrente de contrato de risco, baseado em pagamento indefinido e futuro, com preço estipulado em percentual fixo do crédito recuperado, com risco de dano ao erário, e valor exorbitante.

3.2.3. Da usurpação da competência da Procuradoria do município

42. O MPC alega que a contratação decorrente da Concorrência Pública nº 2022.02.15.01-CP promove a usurpação das competências da Procuradoria-Geral do município de Palmácia. Em consulta à justificativa da contratação, exposta no Termo de Referência anexo ao edital, se extrai o seguinte excerto:

Ocorre que a Procuradoria local declarada e **expressamente alega-se impossibilitada de assumir** o patrocínio da(s) causa(s) decorrente(s) do presente objeto, haja vista a **especificidade** deste e o enorme custo de pessoal e financeiro para o acompanhamento processual em toda a sua futura marcha. Ademais, trata-se de atividade envolvida é de **complexidade técnica**, de grande demanda de tempo e alta objetividade. (grifamos)

43. Quanto ao tema, cumpre citar decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de que o serviço almejado não revela nenhuma complexidade ou natureza singular, já que consiste, basicamente, no manejo de cumprimento de sentença proferida em sede da Ação Civil Pública nº 1999.61.00.050616-0. Chamada a se manifestar sobre essa situação, a Controladoria-Geral da União no Maranhão elaborou a Nota Técnica n. 430/2017/NAE/MA/REGIONAL/MA (Processo

n. 00209.100048/2017-37):

Destaca-se, trabalho sem complexidade porque 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 nº 1999.61.00.0506160, tendo em vista que o Juízo da 19ª Vara Cível 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. (...)

Ou seja, todos os elementos necessários para elaboração da planilha já foram apresentados pelo FNDE e também poderiam ser solicitados àquele Fundo com base na Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), acaso o município quisesse.

Assim, restaria a necessidade tão somente de apurar os valores individuais por município e corrigi-los, tarefa simples e rotineira para qualquer escritório de advocacia. Repise-se que os contratos celebrados com os municípios, foram publicados no período de 31/10/2016 a 31/01/2017, ou seja, depois do trânsito em julgado da ACP nº 1999.61.00.0506160 e de que todas as variáveis necessárias à liquidação do débito já compunham os autos daquela ação. (...)

Em verdade essas demandas não envolvem risco algum, haja vista que a União já foi condenada a pagar as diferenças de FUNDEF na ACP nº 1999.61.00.0506160, restando apenas cumprir a sentença (apurar os valores e pagar), ou seja, por essa contratação, o escritório em todo caso será remunerado e em um valor bastante expressivo (15% a 20%) diante do pouco que ainda resta a ser feito para o efetivo ingresso das importâncias já reconhecidas. (grifamos)

44. Além disso, como demonstrado pelo MPC, o objeto da licitação refere-se a mero pedido de execução de sentença, não se justificando a terceirização do serviço em detrimento da competência da Procuradoria-Geral do Município.

45. Destarte, a contratação de advogados mostra-se desarrazoada e antieconômica, uma vez que não se mostra inviável à expertise de uma procuradoria municipal à solução da lide, considerando a baixa complexidade do tema e as competências da Procuradoria-Geral do município de Palmácia.

46. Nesse sentido, entende esta Assessoria entende **configurada a fumaça do bom direito**,



por descumprimento ao art. 37, inciso XXI da CRFB de 1988 e art. 2º da Lei 8.666/1993.

3.2.4. Da inexistência de justificativa para atribuição de peso à nota técnica

47. Por fim, quanto ao peso atribuído pelo edital à nota técnica, cabe citar inicialmente julgados do TCU quanto ao tema:

É necessário justificar os pesos das notas de ponderação de técnica e preço, em especial quando o peso do critério preço ficar abaixo do técnico. Acórdão 1041/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

Em licitação do tipo técnica e preço, a **adoção de pesos distintos entre os dois critérios pode ocasionar prejuízo à competitividade e favorecer o direcionamento do certame**, especialmente quando ocorrer **excessiva valoração do quesito técnica** em detrimento do preço, sem que esteja fundamentada em estudo que demonstre tal necessidade. Acórdão 2251/2017-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

A adoção, em licitação do tipo técnica e preço, de **peso excessivamente elevado para a pontuação técnica em relação à de preço, sem justificativa plausível**, e de critérios subjetivos de julgamento das propostas contraria o disposto nos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993. Acórdão 2909/2012-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

48. Como pontuado pelo MPC, conforme item 6 do edital, a nota da proposta técnica terá peso de 70% sobre a nota final do certame.

49. Isso posto, em face da jurisprudência firmada, e ainda considerando que não consta no Termo de Referência ou no edital qualquer justificativa para tal proporção, entende-se **configurada a fumaça do bom direito**, decorrente da adoção de peso da nota técnica em prejuízo à competitividade do certame, em desatenção ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

3.2.5. Da Ação Judicial nº 0058808-66.2010.4.01.3400

50. Concernente à Ação Judicial nº 0058808-66.2010.4.01.3400, cumpre destacar inicialmente que não foi localizado, no Portal de Licitações, qualquer procedimento, seja licitatório ou inexigibilidade de licitação, que respalde a contratação dos causídicos Srs. Sylvio Cadematori Neto e Márcio Ziulkoski, o que, por si só, já demonstraria irregularidade na contratação.

51. Ademais, aplica-se, à contratação, ao menos as impropriedades tratadas nos itens 3.2.1 a 3.2.3 deste Relatório de Instrução, quais sejam, pagamento da contratada com verbas do precatório do Fundeb, em desrespeito ao art. 60 do ADCT c/c art. 21 da Lei nº 11.494/2007, descumprimento



do art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993, decorrente de contrato de risco, baseado em pagamento indefinido e futuro, com preço estipulado em percentual fixo do crédito recuperado, com risco de dano ao erário e usurpação da competência da procuradoria municipal, configurando descumprimento ao art. 37, inciso XXI da CRFB de 1988 e art. 2º da Lei 8.666/1993.

52. Isso posto, entende **configurada a fumaça do bom direito**.

3.3. DO PEDIDO CAUTELAR

53. Conforme o art. 16 do RITCE, o relator poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar as medidas cautelares, previstas nesse regimento, com ou sem a prévia oitiva da autoridade, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, ao entender que se trate de caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao patrimônio público ou de risco de ineficácia de decisão de mérito.

54. É notório que, para a concessão de medida cautelar, faz-se necessária a presença de 02 (dois) pressupostos básicos: o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora). A fumaça do bom direito evidencia-se pela probabilidade do direito invocado pela parte requerente, ou seja, funda-se no reconhecimento de que o direito alegado se apresenta para o julgador como, provavelmente, verdadeiro para que, assim, este o reconheça. Já, o perigo da demora ocorre quando houver perigo de dano ao patrimônio público ou risco ao resultado útil do processo, caso não seja concedida a tutela acautelatória.

55. Quanto à **fumaça do bom direito**, foram constatadas e devidamente fundamentadas as irregularidades contidas no edital da Concorrência Pública nº 2022.02.15.01-CP promovida pela Prefeitura Municipal de Palmácia, demonstradas nos itens 3.2.1 a 3.2.3 deste Relatório, quais sejam:

a. previsão de pagamento da contratada com verbas do precatório do Fundeb, em desrespeito ao art. 60 do ADCT c/c art. 21 da Lei nº 11.494/2007;

b. descumprimento do art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993, decorrente de contrato de risco, baseado em pagamento indefinido e futuro, com preço estipulado em percentual fixo do crédito recuperado, com risco de dano ao erário;



c. usurpação da competência da procuradoria municipal, configurando descumprimento ao art. 37, inciso XXI da CRFB de 1988 e art. 2º da Lei 8.666/1993; e

d. adoção de peso da nota técnica em 70% da nota final, sem justificativa técnica, prejudicando a competitividade do certame, em desatenção ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

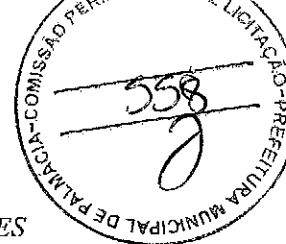
56. Além disso, verificou-se a caracterização da **fumaça do bom direito** em razão da irregularidade na contratação dos causídicos Srs. Sylvio Cadematori Neto e Márcio Ziulkoski, decorrente da ausência de procedimento administrativo, em descumprimento ao art. 37, inciso XXI, da CRFB; pagamento da contratada com verbas do precatório do Fundeb, em desrespeito ao art. 60 do ADCT c/c art. 21 da Lei nº 11.494/2007; descumprimento do art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993, decorrente de contrato de risco, baseado em pagamento indefinido e futuro, com preço estipulado em percentual fixo do crédito recuperado, com risco de dano ao erário, e; usurpação da competência da procuradoria municipal, configurando descumprimento ao art. 37, inciso XXI, da CRFB de 1988 e art. 2º da Lei 8.666/1993.

57. No que se refere ao **perigo da demora**, conforme consulta ao Portal de Licitações, verifica-se que o certame tem data de abertura marcada para o dia 07/04/2022. Isso posto, em face da presença da probabilidade do direito, há risco de dano em razão de pagamento irregular, decorrente de recurso vinculado à educação e de valor incerto, bem como em função do iminente pagamento decorrente da Ação Judicial nº 0058808-66.2010.4.01.3400, com risco de dano ao erário.

58. Concernente ao **perigo da demora reverso**, entende-se não configurado, pela possibilidade, enquanto não julgado o mérito, de condução da ação por parte da Procuradoria do município de Palmácia. Quanto ao assunto, cabê citar decisões desta Corte nesse sentido:

Por derradeiro, quanto ao argumento do Agravante no sentido de existência de ***periculum in mora reverso***, o que justificaria a manutenção como patronos da causa judicial em curso os representantes legais do Escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados, frisa-se que **não há evidência de que o afastamento determinado na medida cautelar possa causar prejuízos ao Município, uma vez que o referido Município possui Procuradoria Jurídica, podendo ser, através desta, devidamente representado.**
RESOLUÇÃO Nº 3072/2019 – TCE/CE

Constato, portanto, que **não se verifica nos autos a hipótese de “perigo**



da demora reverso”, em que a parte sob a qual recaem os efeitos da medida cautelar restaria prejudicada pela sua concessão, **porquanto, pelo menos temporariamente, a condução da ação poderia ser atribuída à Procuradoria-Geral do Município, sem prejuízo para os possíveis ganhos decorrentes da defesa em juízo dos interesses municipais**, nem se depreende, a partir da natureza do serviço contratado, que possa existir circunstância urgente na obtenção dos valores pretendidos em litígio, em virtude, evidentemente, de que a demora judicial nos trâmites processuais, dos quais depende a prestação do serviço, é contrária à deflagração de urgência reversa. DESPACHO SINGULAR nº 06412/2021 – TCE/CE

59. Isto posto, esta Assessoria entende pela configuração da fumaça do bom direito e do perigo da demora, concluindo pelo deferimento do pedido de concessão da medida cautelar pleiteada pelo Ministério Público de Contas junto a este TCE/CE.

4. CONCLUSÃO

60. Ante o exposto, a Assessoria de Instrução de Cautelares, no uso de suas atribuições regulamentares, em especial ao disposto no inciso IV, do § 2º, do art. 91, do Regimento Interno, **ressalta que o presente documento reúne o conteúdo examinado neste processo e corresponde à opinião da Unidade Técnica sobre a matéria, a qual conclui:**

a. pela admissibilidade da presente Representação, em razão do atendimento aos requisitos de admissibilidade, de acordo com o item 2 deste relatório;

b. pela caracterização da fumaça do bom direito, decorrente das irregularidades identificadas, quais sejam:

b.1. previsão de pagamento da contratada com verbas do precatório do Fundeb, em desrespeito ao art. 60 do ADCT c/c art. 21 da Lei nº 11.494/2007;

b.2. descumprimento do art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993, decorrente de contrato de risco, baseado em pagamento indefinido e futuro, com preço estipulado em percentual fixo do crédito recuperado, com risco de dano ao erário;

b.3. usurpação da competência da procuradoria municipal, configurando descumprimento ao art. 37, inciso XXI da CRFB de 1988 e art. 2º da Lei 8.666/1993;

b.4. adoção de peso da nota técnica em 70% da nota final, sem justificativa técnica, prejudicando a competitividade do certame, em desatenção ao art. 3º, § 1º, inciso I,

da Lei 8.666/1993; e

b.5. irregularidade na contratação dos causídicos Srs. Sylvio Cadematori Neto e Márcio Ziulkoski, decorrente da ausência de procedimento administrativo, em descumprimento ao art. 37, inciso XXI, da CRFB; pagamento da contratada com verbas do precatório do Fundeb, em desrespeito ao art. 60 do ADCT c/c art. 21 da Lei nº 11.494/2007; descumprimento do art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993, decorrente de contrato de risco, baseado em pagamento indefinido e futuro, com preço estipulado em percentual fixo do crédito recuperado, com risco de dano ao erário, e; usurpação da competência da procuradoria municipal, configurando descumprimento ao art. 37, inciso XXI, da CRFB de 1988 e art. 2º da Lei 8.666/1993;

c. pela caracterização do perigo da demora, em razão de o certame ter a data de abertura marcada para o dia 07/04/2022, configurando risco de dano em razão de pagamento irregular, decorrente de recurso vinculado à educação e de valor incerto, bem como em razão do iminente pagamento decorrente da Ação Judicial nº 0058808-66.2010.4.01.3400, com risco de dano ao erário; e

d. pela não caracterização do perigo da demora reverso, pela possibilidade, enquanto não julgado o mérito, de condução da ação por parte da Procuradoria do município de Palmácia.

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

61. No ensejo, **submete ao juízo deliberatório do Relator competente, sugerindo**, de acordo com os fatos, argumentos, dados e evidências apresentados, **que seja(m):**

a. **acolhida** a presente representação, em razão do atendimento aos requisitos de admissibilidade, de acordo com o item 2 deste relatório;

b. **deferida** a medida cautelar requestada, em razão da caracterização da fumaça do bom direito e do perigo da demora, conforme exposto no item 3.3 deste Relatório, determinando ao município:

b.1. adote as medidas necessária para a suspensão da Concorrência Pública nº 2022.02.15.01-CP na fase em que se encontra, até ulterior decisão de mérito;



b.2. ao atual Prefeito de Palmácia, Sr. DAVID CAMPOS MARTINS, a imediata suspensão da procuração outorgada pelo Município referente à ação ordinária nº 0058808-66.2010.4.01.3400, bem como que a Procuradoria-Geral do Município se habilite nos autos da referida ação;

c. **comunicado** o teor da decisão que vier a ser proferida por este Tribunal de Contas a Representante e ao seu representante legal; e

d. **encaminhados** os autos a unidade técnica para que seja dada continuidade a instrução processual.

Assessoria de Instrução de Cautelares da Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Fortaleza, 28 de março de 2022.

Assina(m) digitalmente este documento:

André Alves Pinheiro
Analista de Controle Externo

Mat. 1635-1