EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA __ VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE FEIRA DE SANTANA – BAHIA

URGENTE

PEDIDO LIMINAR

Ref. Inquérito Civil Público n. 1.14.004.001340/2016-42

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, por intermédio do Procurador da República que esta subscreve, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no do art. 129, III, e art. 225, *caput,* e seu §3º, da Constituição da República, art. 5º, III, alínea "d", e art. 6º, VII, alínea "b", XIV, alínea "g", todos da Lei Complementar nº75/93, e dos arts. 1º, III, e 12, da Lei nº 7.347/85, propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

em face do:

> **MUNICÍPIO DE SERRA PRETA/BA**, pessoa jurídica de direito público interno, CNPJ nº 13.627.823/0001-93, com sede na Av. Dr. Liberalino Sales Gadelha, nº 69, Centro, Serra Preta/BA, representado por seu prefeito, Sr. Adeil Figueredo Pedreira.

pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

1 – DO OBJETO

A presente Ação Civil Pública tem por objetivo (i) obrigar o Município de Serra Preta/BA a aplicar integralmente o crédito público de R$ 9.593.107,44 (nove milhões, quinhentos e noventa e três reais e quarenta e quatro centavos), oriundo da Ação Ordinária **nº 2003.33.00.033256-2**, na manutenção e desenvolvimento da educação, com a criação de uma conta específica para fins de movimentação financeira dos valores, sem prejuízo da aplicação do mínimo constitucional nessa área social e da complementação realizada pela União atualmente para fins do FUNDEB.

2 – ESCLARECIMENTO PRÉVIO

Instruem esta petição inicial, além do Inquérito Civil n. 1.14.004.001340/2016-42, cópia parcial impressa do processo nº 2003.33.00.033256-2 (ajuizado pelo Município de Serra Preta em face da União), cuja cópia integral escaneada segue na mídia digital acostada aos autos.

3 – DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A competência da Justiça Federal vem disciplinada no art. 109 da Constituição Federal de 1988, que estabelece o seguinte:

> *Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:*
> *I – as causas em que a União, entidade ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;*

Nesse viés, verifica-se que, em matéria não penal, a competência da justiça federal firma-se, nos termos do art. 109, I da Constituição Federal, sempre que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal figurem na relação processual como autoras, rés, assistentes ou opoentes.

Dessa forma, a competência da Justiça Federal, em tais casos, é *ratione personae*, ou seja, define-se perante o interesse de uma das pessoas jurídicas mencionadas no art. 109, I da Carta Magna.

Nesse contexto, sendo o *parquet* federal instituição da União, haverá competência da Justiça Federal sempre que existir na causa interesse federal. **Por conseguinte, considerando que a presente ação cuida de recursos repassados pela União ao Município de Serra Preta/BA, resta evidente o interesse federal na questão.**

Este é o entendimento consolidado pela jurisprudência do STJ, conforme se observa do precedente abaixo colacionado:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA. REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. CRITÉRIOS. **1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes**, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho". **Assim,**

> **figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal**. (…) 3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos. 4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar. (…) 6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais (…). 7. Recurso especial provido" (STJ, RESP nº 440002/SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 18/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 195).

4 – DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O Ministério Público Federal busca com a presente ação civil pública a proteção do direito difuso e coletivo à educação de qualidade, objetivando a obediência às normas constitucionais e à legislação infraconstitucional, não olvidando da defesa da ordem jurídica, da legalidade e do patrimônio público.

Assim sendo, resta inconteste a legitimidade do *Parquet* para a propositura da presente ação, uma vez que se acha expressamente definida nos arts. 127 e 129, inciso III, ambos da Magna Carta de 1988.

Com efeito, o art. 127 da Constituição Federal estabelece a atribuição do Ministério Público para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que pode fazer por intermédio da ação civil pública, na forma do art. 129 da CF/88 e do art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85.

Dentre as várias funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pela CF/88, está "*a promoção de inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*".

Em complemento à Constituição, foi editada a Lei Complementar nº. 75/93, que, tratando do Ministério Público da União, reafirmou as suas funções de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais (que engloba os chamados direitos difusos e coletivos) e individuais indisponíveis (art. 1º). Para tanto, conferiu-lhe o poder de empregar instrumentos capazes de bem proporcionar o desempenho de seus misteres, dentre os quais o inquérito civil e ação civil pública, conforme verificamos no art. 6º, *in verbis*:

> *Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:*
> *(…)*
> ***VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:***
> *(…)*
> *a) a proteção* ***dos direitos constitucionais****;*
> *b)* ***a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos,*** *relativos às comunidades indígenas, à família,* ***à criança, ao adolescente****, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor (...)*
> (destacamos)

Observa-se que a legislação pátria, ao tempo em que atribui ao Ministério Público o poder-dever de proteger os direitos e interesse difusos e coletivos da sociedade brasileira, proporciona aos seus integrantes o acesso ao mecanismo processual adequado para tal fim, é dizer, a ação civil pública.

A ação está prevista na Lei nº 7.347/85 (principal lei de regência), com expressa previsão da legitimidade do Ministério Público para sua promoção no art. 5º, *caput*, e destinada, conforme o art. 1º, a tutelar o interesse difuso ou coletivo, entre os quais se inclui o direito à educação básica de qualidade, conforme art. 6º da Constituição Federal.

Assim, considerando que os direitos e interesses que se pretende proteger por meio desta ação são de natureza coletiva (em sentido amplo), resta manifesto seu cabimento e a legitimidade do *Parquet* Federal para sua promoção.

Visando corroborar tais assertivas colacionamos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COBRANÇA ANTECIPADA E REAJUSTE DAS MENSALIDADES ESCOLARES. LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. As Turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal são competentes para decidir questões relativas a reajustes de mensalidades escolares por estabelecimentos de ensino particulares. Precedentes da Corte Especial. 2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública para impedir a cobrança antecipada e a utilização de índice ilegal no reajuste das mensalidades escolares, havendo, nessa hipótese, interesse coletivo definido no art. 81, inciso II, do Código de Defesa

> do Consumidor. 3. **A atuação do Ministério Público justifica-se, ainda, por se tratar de direito à educação, definido pela própria Constituição Federal como direito social.** 4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 138583/SC, 3ª Turma, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 06/08/1998, DJ 13/10/1998).
>
> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).
> (…)
> 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. **Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal**. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação. (STF, RE 163231/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 26/02/1997, DJ 29/06/2001).

Dado a presença de interesses coletivos, inexiste dúvida de que o Ministério Público Federal tem legitimidade ativa *ad causam* para intentar a presente ação. Portanto, tendo em vista a natureza supra-individual do direito violado, a ação civil pública se constitui em instrumento adequado para a tutela dos interesses da coletividade ora atingida, estando este órgão ministerial legitimado para atuar no presente feito.

5 – DOS FATOS

O Município de Serra Preta/BA ajuizou a Ação Ordinária, tombada sob o nº 2003.33.00.033256-2, perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Salvador/BA, em desfavor da União. Na demanda sobredita, a referida municipalidade pretendia que o cálculo do valor mínimo anual por aluno destinado para a educação

fundamental deveria ser estabelecido na proporção da receita total (nacional) para o Fundo e da matrícula total (nacional), acrescida do total estimado de novas matrículas, conforme § 1º do art. 6º da Lei nº 9.424/96.

Isso porque, segundo o município autor, a União Federal limitou-se a atualizar monetariamente pelo INPC/IBGE, o valor inicial fixado por aluno para o exercício de 1997. Após os devidos trâmites processuais, a demanda foi julgada procedente, condenando a União Federal a pagar ao Município de Serra Preta/BA as diferenças a título de complementação do FUNDEF.

Transitado em julgado o processo e efetuados os devidos cálculos na fase executória, foi expedido, na ação de execução nº 18656-14.2012.4.01.3300, o **precatório registrado sob o n° 108/2015** (anexo), referente ao repasse pela União dos valores retroativamente devidos, com os acréscimos legais, da complementação do valor do FUNDEF e aos honorários advocatícios.

O precatório **nº 108/2015** está estimado no importe de R$ 9.593.107,44 (nove milhões, quinhentos e noventa e três reais e quarenta e quatro centavos).

5.1 – Da situação da educação no Município de Serra Preta/BA e dos fatos ensejadores da presente Ação Civil Pública

No tocante à situação específica do Município de Serra Preta/BA, é de se destacar que a referida municipalidade possui o índice de desenvolvimento da educação básica (IDEB) de **3,5** (4ª série/5º ano) e **2,9** (8ª série/9º ano), no exercício de 2013, longe, portanto, do patamar educacional que tem hoje a média dos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)[1].

Frente a esse contexto, a liberação dos valores do **precatório registrado sob o n° 108/2015** é uma grande oportunidade para incrementar a qualidade do ensino e implementar as mudanças que ainda estão pendentes no serviço educacional da referida municipalidade.

Isso se mostra, além de necessário, absolutamente lógico, considerando o fato de que a ação ordinária **nº 2003.33.00.030434-0**, na qual o Município de Serra Preta/BA sagrou-se vencedor, objetivava a complementação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, fundo este sucedido pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB, nos termos da Emenda Constitucional n° 53/2006, consoante nova redação do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Como se sabe, os recursos dos sobreditos fundos possuem destinação vinculada à realização de despesas relacionadas à manutenção e desenvolvimento da educação básica de qualidade. Aliás, a desvirtuação de suas finalidades pode caracterizar ato de improbidade administrativa e ensejar intervenção nos Municípios.

[1]Disponível em http://ideb.inep.gov.br/resultado/. Acesso em 05 de setembro de 2016.

Nesse viés, para que a Ação Ordinária logre êxito no seu intento, necessário se faz **manter a vinculação entre os valores objeto de execução (os que serão recebidos através do precatório em vias de liberação) e a finalidade de incremento da educação básica.** Dito de outra forma, não é possível que a verba objeto de execução, que se refere à complementação do FUNDEF, sirva a outro propósito que não incrementar a educação.

Entende o Ministério Público Federal que os valores a serem recebidos por meio do referido precatório pelo Município devem ser revertidos em sua totalidade às ações de educação constitucionalmente e infraconstitucionalmente previstas.

Ora, não faz sentido que outro seja o destino de tais verbas, uma vez que se a União os tivesse repassado corretamente naqueles anos os recursos teriam que ter sido aplicados na educação. Desse modo, é imperativo concluir que não há espaço para decisão do gestor de como o crédito será utilizado/gasto, ainda mais se levarmos em consideração os baixos indicadores da educação do Município de Serra Preta/BA. A ostentação de tais notas, distante das metas, por si só, indica que o repasse que deixou de ser realizado fez falta e que ainda há necessidade de que o recurso seja aplicado na educação.

Todavia, o Município de Serra Preta/BA entende que os valores a serem recebidos não guardam vinculação com a educação e poderiam ser gastos em quaisquer finalidades. Prova disso é a **edição da Lei nº 448, de 05 de maio de 2016 (fls. 09/11 do IC), na qual o município autoriza a cessão de créditos dos direitos creditórios decorrentes do Precatório nº 0114348-92.2015.401.9198.**

A citada lei, em seu Anexo I, dispõe o que segue:

> *"Os recursos advindos da antecipação de receita, oriunda de precatório judicial, será para os seguintes investimentos:*
> *– Cobrir a queda de receita do município que vem ocorrendo de maneira gradativa e quase impedindo o regular pagamento da folha de pessoal e tributos federais.*
> *– Calçamento e asfaltamento de ruas e avenidas;*
> *– Obras de infraestrutura do Município;*
> *– Reforma da Secretaria Municipal de Educação;*
> *– Construção de Escolas Municipais;*
> *– Construção de Quadras Poliesportivas nas Escolas Municipais;*
> *– Construção de Creches;*
> *– Aquisição de Veículos para transporte escolar;*
> *– Entre outros investimentos essenciais ao bom funcionamento do poder executivo municipal"*

Assim, é certo que a cessão acima mencionada configura, de fato, uma burla à legislação relativa ao FUNDEF e ao FUNDEB, com aplicação dos recursos em finalidade diversa da educação, principalmente ante a ausência de interesse público idôneo capaz de justificar **a perda da incorporação de aproximadamente R$ 9.000.000,00 (nove milhões) ao patrimônio público municipal**.

A conduta do gestor municipal, em antecipar recursos do precatório, visa obter, antes do tempo devido, a **disponibilidade dos recursos ainda na sua**

gestão, sem levar em consideração o prejuízo à educação do município, pois está antecipando, via alienação, créditos certos e futuros, que em breve serão liberados ao município pela via legítima.

6 – DO DIREITO

6.1 – Da vinculação do crédito público do Município de Serra Preta/BA ao desenvolvimento da educação

Como narrado no tópico anterior, a Ação Ordinária, tombada sob o **nº 2003.33.00.030434-0**, ajuizada pelo Município de Serra Preta/BA, ***teve como objetivo complementar o repasse do FUNDEF pela União***.

Como se sabe, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) foi instituído pela Emenda Constitucional nº 14, de setembro de 1996, e sua regulamentação está na Lei 9.424, de 24 de dezembro do mesmo ano, e no Decreto nº 2.264, de junho de 1997. O FUNDEF foi implantado, nacionalmente, em 1° de janeiro de 1998, quando, a nova sistemática de redistribuição dos recursos destinados ao Ensino Fundamental passou a vigorar.

A maior inovação do FUNDEF consistiu na mudança da estrutura de financiamento do Ensino Fundamental (1ª a 8ª séries do antigo 1º grau) no País, ao subvincular uma parcela dos recursos a esse nível de ensino. Além disso, introduziu novos critérios de distribuição e utilização dos recursos correspondentes, promovendo a partilha de recursos entre o Governo Estadual e os Governos Municipais de acordo com o número de alunos atendidos em cada rede de ensino.

O FUNDEF era caracterizado como um Fundo de natureza contábil, com o mesmo tratamento dispensado ao Fundo de Participação dos Estados (FPE) e ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Isso significa que seus recursos eram repassados automaticamente aos Estados e Municípios, de acordo com coeficientes de distribuição estabelecidos e publicados previamente. As receitas e despesas, por sua vez, deveriam estar previstas no orçamento e a execução, contabilizada de forma específica.

Genericamente, ***um Fundo pode ser definido como o produto de receitas específicas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos***. Nesse sentido, encontra-se a Lei nº 4.320/64, recepcionada pela atual Constituição com status de Lei Complementar, em seu art. 71.

Neste diapasão, dada a sua natureza jurídica de fundo especial, os recursos do FUNDEF deveriam ser aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu magistério, de modo que não haveria juízo de conveniência e oportunidade do Administrador Público. Com efeito, os

recursos do respectivo fundo já eram previamente vinculados à realização de determinados objetivos (art. 2º da Lei nº 9.424/96).

Em complemento, é cediço que o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF foi sucedido pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB, nos termos da Emenda Constitucional n° 53/2006, consoante nova redação do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com a alteração da ordem constitucional, fora editada a Lei nº 11.494/2007, regulando o Fundo de Manutenção da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, *ex vi*:

> Art. 1º É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de natureza contábil, nos termos do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.
> (…)
> **Art. 2º Os Fundos destinam-se à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração, observado o disposto nesta Lei**.
> (…)
> Art. 21. Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de complementação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados, **em ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no art. 70 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**.
> (…)
> **Art. 22. Pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública**.
> (…)
> Art. 23. É vedada a utilização dos recursos dos Fundos:
> I – no financiamento das despesas não consideradas como de manutenção e desenvolvimento da educação básica, conforme o art. 71 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996;
> II – como garantia ou contrapartida de operações de crédito, internas ou externas, contraídas pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios que não se destinem ao financiamento de projetos, ações ou programas considerados como ação de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica.
> (…)
> Art. 28. O descumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal e do disposto nesta Lei sujeitará os Estados e o Distrito Federal à intervenção da União, e os Municípios à intervenção dos respectivos Estados a que pertencem, nos termos da alínea e do

> inciso VII do caput do art. 34 e do inciso III do caput do art. 35 da Constituição Federal. (grifo nosso).

Percebe-se que, na mesma toada que o FUNDEF, é vedada a utilização de recursos do FUNDEB na realização de despesas não relacionadas à manutenção e desenvolvimento da educação básica de qualidade, sob pena de caraterização de ato de improbidade administrativa e ensejar intervenção nos Municípios.

Feitas essas considerações, fica claro que o constituinte optou por reservar recursos para serem aplicados com exclusividade no desenvolvimento e valorização do ensino básico, em consonância com o destaque que foi dado ao direito à educação na Carta Magna de 1988. Aliás, está aí o sentido do regime de colaboração entre os entes federativos nessa importante área social. Eis o texto constitucional:

> Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.
> § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, ***de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.***

Com efeito, a partir da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais a respeito do FUNDEF, evidencia-se que a finalidade de suas verbas serviam exclusivamente à promoção de um sistema educacional básico e fundamental de qualidade, a fim de diminuir a desigualdade social existente no país e atender, assim, a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso III, da Constituição Federal).

Nesse viés, é, no mínimo, incongruente que a verba que seria destinada a esse fundo, repassada neste momento ao Município de Serra Preta/BA sirva a outro propósito que não a melhoria da rede e da qualidade do ensino. Com efeito, o crédito público não está sujeito à disponibilidade pelo Município para que possa dar a ele livre destinação. Sua aplicação, em que pese não vir diretamente do fundo, deve guardar vinculação com o direito à educação, tal qual relação de causa e efeito.

Ora, facultar que recursos relacionados ao extinto FUNDEF sejam destinados ao custeio de quaisquer despesas mostra-se absolutamente contraproducente. Contraditório demais pleitear que a União repasse os valores seguindo a metodologia correta do FUNDEF e, em logrando êxito na ação, desejar gastar como se um cheque em branco lhe tivesse sido presenteado. Não se pode

admitir ter sido este o intento dos nobres julgadores que reconheceram o equívoco da União e determinaram o pagamento ao Município.

Ainda mais quando a realidade fática demonstra a precariedade que vem atravessando a oferta do ensino público no município de Serra Preta/BA, como restou evidenciado a partir do baixo índice de desenvolvimento da educação básica (Ideb). Ademais, cumpre reiterar o destaque dado à educação como propulsora do desenvolvimento social do indivíduo e a qualificação para o ingresso no mercado de trabalho.

Nesse passo, a jurisprudência tem se orientando no sentido de que "*em se tratando de diferenças alusivas ao FUNDEF, justifica-se a sua vinculação, quando pagas, a finalidades relacionadas à área a que se destina, qual seja, à educação. Isto não significa, contudo, que as verbas serão incorporadas ao FUNDEB, o que, por certo, seria prejudicial ao Município, que não receberia a complementação de que trata o artigo 4º da Lei nº 11.941/2007*". Nesse sentido, transcrevo as ementas dos seguintes julgados:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF. REPASSES EFETUADOS A MENOR. VMMA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. LIQUIDAÇÃO. VINCULAÇÃO DO PRECATÓRIO À EDUCAÇÃO. POSSIBILIDADE. (…) 4. Em se tratando de diferenças alusivas ao FUNDEF, justifica-se a sua vinculação, quando pagas, a finalidades relacionadas à área a que se destina, qual seja, à educação. 5. Incumbe à UNIÃO apenas proceder ao pagamento dos valores devidos e reconhecidos no título judicial exequendo, restando a possibilidade de, em ação autônoma, ou através do Ministério Público, promover a fiscalização/investigação de possível desvio de finalidade de verba pública da educação, com a responsabilização daqueles que firmaram o contrato em detrimento do Erário (TRF-5ª R., 2ª T., AG 126413/PE, rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado), DJ 13/09/12, p. 465). (…) 9. Apelações parcialmente providas. (TRF-5, Apelação Cível nº 00045841220134058300, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Walter Nunes da Silva Júnior, j. 28/01/2016, DJE de 17/02/2016).
>
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. VMAA. COMPLEMENTAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDEF. EXIGIBILIDADE DO TÍTULO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. CONTADORIA. EXCESSO AFASTADO. VINCULAÇÃO À EDUCAÇÃO E NÃO AO FUNDEB JÁ DETERMINADA EM SENTENÇA. (...) 3. 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. 4. 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, tal como determinado na sentença. 5. Possibilidade de retenção dos honorários advocatícios contratuais. 6. Ainda que parcialmente procedentes os embargos do devedor, a exequente decaiu da parte mínima do pedido, levando em consideração que a embargante arguiu, a princípio, a inexequibilidade/inexigibilidade do título executivo judicial, não só o excesso de execução. Inversão do ônus da sucumbência, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC. 7. Apelação do Município de Ibimirim - PE parcialmente provida e apelação da União Federal não provida. (TRF-5, Apelação Cível nº 00004438020144058310, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Manoel Erhardt, j. 20/08/2015, DJE de 27/08/2015).

Ademais, conforme os arts. 3º da Lei nº 9.424/96 (FUNDEF) e 17 da Lei n 11.494/07 (FUNDEB), os recursos de um ou outro fundo devem ficar acomodados em conta específica, para que não sejam "misturados" com nenhum outro e, assim, possa ser verificada, pelos órgãos de fiscalização, a correta aplicação da verba na finalidade que a justificou.

Esses mesmos dispositivos, associados a outros atualmente vigentes, como do Decreto-Lei nº 200/67 (art. 74, caput e §2º), da Lei 4.320/64 (arts. 58 a 63) e do Decreto nº 7.507/2011 (art. 2º), para além de imporem a **manutenção dos recursos do FUNDEF/FUNDEB em conta específica**, exigem também o seguinte: a **retirada da verba exclusivamente para a realização de pagamentos**, ao prestador/fornecedor, e para aplicação financeira; **a identificação do destinatário desses valores**, inclusive nas operações excepcionais; a realização de **pagamento apenas sob a forma de transferência eletrônica via crédito na conta bancária do destinatário** (vedados os cheques e saques na "boca do caixa").

Destaca-se, ainda, que o Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia (TCM/BA) editou, em 20/09/2016, a Resolução nº 1346/2016, vedando a utilização de tais verbas em outras finalidades diversas da educação (anexa). Na citada resolução o TCM resolveu que:

> **Art. 1º** Os recursos recebidos em decorrência de ação ajuizada contra a União, objeto de precatórios, em virtude de insuficiência dos depósitos do FUNDEF, atual FUNDEB, referentes a exercícios anteriores, somente poderão ser aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino básico, em conformidade com o disposto nas Leis Federais nº 9.394/1996 e 11.494/2007.
>
> § 1º Por se tratarem de diferenças relativas a diversos exercícios financeiros, as Prefeituras deverão realizar as despesas consoante plano de aplicação, podendo estas serem efetivadas em exercícios diversos daquele em que ocorrer a transferência financeira para os cofres municipais, respeitado o prazo limite de vigência do FUNDEB, 31/12/2020, na forma do art. 48 do citado diploma legal.

> § 2º Em decorrência da utilização vinculada à educação, não se admite, a qualquer título, a cessão dos créditos de precatório, nem sua utilização para o pagamento de honorários advocatícios, inclusive na hipótese dos contratos celebrados para propositura e acompanhamento da ação judicial visando obter os respectivos créditos, ressalvadas decisões judiciais em contrário, transitadas em julgado.
>
> **Art. 2º** Em estrita obediência ao princípio constitucional da razoabilidade, a proporção prevista no art. 22 da Lei Federal nº 11.494/2007 não se aplica, obrigatoriamente, à utilização dos recursos de que trata o artigo anterior.
>
> **Parágrafo único**. Os municípios que ainda não cumprem o piso salarial nacional e são beneficiários dos recursos tratados por esta Resolução, deverão destinar, destes, o montante necessário para seu alcance, observadas a realidade do respectivo setor educacional, a Lei Federal nº 11.738/2008 e o disposto no art. 169, §§ 1º e 3º da Constituição Federal.
>
> **Art. 3º** A contabilização dos recursos recebidos pelas Prefeituras, decorrentes da diferença de transferências do FUNDEF, objeto de precatório, deve ser efetuada sob a rubrica **1724.03.00 – *Transferência de Recursos da Complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef/Precatórios*, Fonte de Recursos *95 – Ação Judicial FUNDEF – Precatórios*.**
>
> **Parágrafo único**. A movimentação dos recursos financeiros tratados no *caput* desse artigo deverá, a partir do seu efetivo ingresso nos cofres municipais, ser operada por intermédio de conta bancária única e específica, vedada sua transferência para outra conta municipal.

Outrossim, o TCM/BA, no parecer nº 309-15, ao responder a consulta formulada pelo Prefeito do Município de Cipó, protocolada sob o nº 15846/15, entendeu que os recursos decorrentes de precatório referente às diferenças devidas e não transferidas do FUNDEF ficam vinculados à educação, consoante se extrai da seguinte conclusão:

> *"Isto posto, concluímos no sentido de que poderá a Prefeitura Municipal de Cipó utilizar-se dos recursos da Ação Ordinária, proposta contra a União, correspondente as diferenças do FUNDEF, referentes aos exercícios de 1998 a 2006, em ações e serviços previstos no art. 70 da Lei nº 9.394/96"* (fl. do IC nº 1.14.002.000028/2016-51).

Constata-se, assim, que os recursos do FUNDEF/FUNDEB devem ingressar e permanecer em conta específica, até que sejam transferidos, via

pagamento, aos destinatários finais da verba, o que deve ser feito mediante crédito em conta, **de modo a identificar perfeitamente os beneficiários.**

6.2 – Da proibição da destinação do crédito público a determinadas áreas sem relevo constitucional e sem benefício direto à população

Por outro lado, como forma de subsidiar eventual pedido subsidiário na presente demanda, é salutar que, ainda que se entenda que o crédito público do Município de Serra Preta/BA, originário da Ação Ordinária **nº 2003.33.00.030434-0**, possa custear as diversas despesas de responsabilidade do mencionado ente federativo, há de se garantir que os dispêndios sejam realizados nas áreas sociais com relevo constitucional e em benefício direto à população (art. 6º da CF).

Isso porque, originariamente, a importância da complementação do FUNDEF, teria como objetivo implementar projetos, ações ou programas considerados como de manutenção e desenvolvimento da educação fundamental, parte integrante do direito social à educação. O art. 70 da Lei nº 9.394/1996 (Lei de diretrizes e bases da educação nacional) estabelece o rol de despesas consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino[2].

Nesse viés, sob um prisma teleológico, a educação é uma das áreas sociais de maior relevo. Tanto é assim que o legislador constituinte estabeleceu a obrigatoriedade dos entes federativos de aplicar determinada porcentagem da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino. No caso dos municípios, como é o caso de Serra Preta, a porcentagem é de 25%, conforme dispõe o art. 212 da Constituição Federal[3].

Essa diretriz está de acordo com os novos valores enraizados pela Constituição Federal de 1998, reputada como "cidadã". Com efeito, dado o dirigismo da Carta Magna, bem como a permanência do Estado Social de Direito, é dever do Poder Público implementar políticas públicas que garantam a vivência com o mínimo de dignidade.

A própria Constituição Federal se encarregou de enumerar os ditos direitos sociais, ainda que no rol meramente exemplificativo, em seu artigo 6º. Ressaltando-se que, no que concerne à implementação de Políticas Públicas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[3]Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Constitucionais, hodiernamente se impõe o princípio da discricionariedade mínima da Administração.

Nesse contexto, é de se evidenciar que o crédito público originário da Ação Ordinária **nº 2003.33.00.030434-0** naturalmente deveria servir para implementar essas políticas públicas.

Não podemos nos olvidar da vontade do legislador constituinte ao destacar o regime de colaboração entre os entes federativos na área da educação e nas demais áreas, vale dizer, o sentido do repasse do crédito da União ao Município, é justamente possibilitar que este ente federativo de menor poder arrecadatório consiga exercer os seus misteres constitucionais.

Desse modo, é de se reconhecer que o Município de Serra Preta/BA tem o dever de elaboração de políticas públicas aptas à realização dos direitos fundamentais e implementação dos objetivos constitucionais, pois sua existência é uma demanda constitucional, mormente quando se trata de direitos tais como: a vida, saúde, moradia, dentre outros.

E nesse aspecto não há possibilidade de se exercer qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência. Haverá a possibilidade de exercer tal juízo na identificação de quais, dentre as políticas eficazes, são as mais adequadas no momento.

Saliente-se que o Município de Serra Preta/BA conta com cerca de **15.401** (quinze mil, quatrocentos e um) habitantes, conforme censo 2010[4], apresentando Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de **0,566** em 2010. A realidade demonstra que a referida municipalidade é dependente dos recursos públicos federais para o oferecimento regular de serviços públicos, tais como saúde, educação, saneamento básico[5].

Desse modo, esse crédito público oriundo da Ação Ordinária **nº 2003.33.00.030434-0** seria a forma de ao menos viabilizar, a todos, a melhoria do acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado, consoante tão bem examinada a questão pelo Ministro Celso de Mello, na decisão consignada nos autos da ADPF Nº 45 MC/DF.

Assim, os recursos, que serviriam à complementação do FUNDEF, caso não sejam reputados como de finalidade exclusiva à educação, sirvam, pelo menos, ao custeio de áreas sociais com relevo constitucional e em benefício direto da população, em compatibilidade com o que prevê o art. 30, da Constituição Federal, excluindo-se, como não se poderia deixar de mencionar, despesa com: a) publicidade e propaganda; b) repasses à Câmara de Vereadores; c) eventos; d) pessoal que não faça parte da educação, incluindo previdência; e e) honorários advocatícios contratuais.

[4] http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=291750&search=bahia|Serra Preta

[5] http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDHM-Municipios-2010.aspx

6.3 – Da nulidade do contrato de honorários advocatícios celebrado pelo Município de Serra Preta/BA

É de indiscutível ilegalidade o contrato de honorários firmado pelo Município de Serra Preta/BA (anexo), tendo em conta que as contratações celebradas pela Administração Pública devem obediência aos ditames da Lei n.º 8.666/93, notadamente em face do que dispõem os arts. 26 e 38 da referida lei, sem prejuízo de outras disposições, a exemplo das que disciplinam as hipóteses de contratação por inexigibilidade de licitação.

Como cediço, as contratações celebradas pela Administração Pública devem obediência aos ditames da Lei n.º 8.666/93. Em face disso, independentemente de a contratação ter sido realizada por meio de licitação, dispensa, ou mesmo inexigibilidade, é necessário que seja realizada a formalização dos atos em um processo administrativo do qual deve constar as razões que justificaram a contratação e levaram à escolha do contratado, entre outros elementos, inclusive como forma de permitir o controle de legalidade dos atos praticados pelo administrador.

Cabe transcrever os dispositivos da Lei n.º 8.666/93 que regulam, nesse aspecto, os atos que formalizam a contratação:

> Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)
> Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
> I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
> II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
> III - justificativa do preço.
> IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)
>
> (…)
>
> Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:
> I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
> II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;
> III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;

> IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;
> V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
> VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
> VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
> VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
> IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
> X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
> XI - outros comprovantes de publicações;
> XII - demais documentos relativos à licitação.
> Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

A consequência do desrespeito à forma reputada por lei como indispensável à celebração de contrato pela administração pública é a nulidade do próprio contrato. Senão vejamos:

> § 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.
> (…)
> § 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

O E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região já reconheceu a nulidade do contrato administrativo celebrado irregularmente, como ocorrente na espécie. Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE ESTACIONAMENTO. LICITAÇÃO. UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE CONVITE AO INVÉS DA CONCORRÊNCIA. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO. NULIDADE. DISPENSA DE LICITAÇÃO. EMERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. INAPLICABILIDADE DO ART. 24, IV, DA LEI 8.666/93. RECURSO NÃO PROVIDO. **Não demonstrada a hipótese autorizadora de dispensa ou inexigibilidade de licitação prevista no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993, não há como convalidar licitação realizada em modalidade diversa daquela prevista na legislação de regência, tratando-se de procedimento nulo. Consequentemente, com base no art. 49, §2º, da Lei 8.666/1993, o contrato dele decorrente também deve ser considerado nulo.** Precedentes deste Tribunal: (REO 0022215-68.2001.4.01.0000 / MA, Rel. Desembargadora Federal MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, Sexta Turma, DJ p.95 de 21/08/2006 e AC 0000228-85.2001.4.01.3100 / AP, Rel. Desembargador Federal DANIEL PAES RIBEIRO, Sexta Turma, e-DJF1 p.52 de 22/03/2010) (AC

> 4059719984013700, JUIZ FEDERAL JOSÉ ALEXANDRE FRANCO, TRF1 - 2ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:17/01/2013 PAGINA:99.)

O art. 59 da Lei n.º 8.66/93 dispõe sobre os efeitos da nulidade do contrato nos seguintes termos:

> Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.
> Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

As disposições do artigo supra transcrito não deixam dúvidas quanto à impossibilidade de se reconhecer efeitos ao contrato administrativo nulo, resguardando, no entanto, em seu parágrafo único, a boa-fé do particular que celebrou contrato nulo com a administração, ao prever para tais casos a obrigação da administração de indenizá-lo pelo que houver executado até a data em que for declarada a nulidade.

Ocorre que a própria disposição legal em comento estabelece o que caracteriza a boa-fé do particular, restringindo-a aos casos em que este não tenha contribuído para a nulidade.

O intuito da lei é proteger o erário de eventual conluio estabelecido entre particular e administrador público, materializado na celebração de um contrato flagrantemente nulo, com base no qual, entre sua celebração e o reconhecimento da nulidade, são executados, pelo particular, serviços que de algum modo reverteram em proveito à administração. Nesses casos, inobstante o proveito revertido em favor da administração, o desvalor da ação (conluio) impede que o contratado aufira qualquer proveito do contrato.

Nesse mesmo sentido o E. TRF da 1.ª Região já decidiu, conforme se percebe na ementa abaixo colacionada:

> CONTRATO DE COMPRA E VENDA, CONFISSÃO DE DÍVIDA E HIPOTECA, CELEBRADO ENTRE O INCRA E A CONSTRUTORA E INCORPORADORA CARNEIRO DA NÓBREGA LTDA - CONAN. PROJETO AGROINDUSTRIAL CANAVIEIRO ABRAHAM LINCOLN. DISSONÂNCIA ENTRE OS TERMOS DO EDITAL DE LICITAÇÃO E AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS, EM PREJUÍZO DA ADMINISTRAÇÃO. NULIDADE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, PELO JUIZ. INSUCESSO DO EMPREENDIMENTO CAUSADO POR CONDUTAS BILATERAIS E RECÍPROCAS. RESTITUIÇÃO DO PREÇO PAGO. RESTITUIÇÃO DO OBJETO LICITADO. (…) **7. Dispõe o art. 59 da Lei n. 8.666/93 que "a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele,**

> **ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos". Ressalva o parágrafo único que "a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa"**. Embora tais normas tenham sido editadas em data bem posterior aos fatos, servem de orientação para a solução do caso sob julgamento, uma vez que resultam de idéias há muito tempo em gestação na doutrina e na jurisprudência e da regra de responsabilidade civil do Estado, que já fazia parte de Constituições anteriores. 8. A nulidade do contrato e o insucesso do empreendimento são efeito de condutas bilaterais e recíprocas, a partir da celebração de ajuste destoante dos termos do edital de licitação e contendo cláusulas dúbias. **A boa-fé se caracteriza quando o terceiro "não concorreu, por sua conduta, para a concretização do vício ou quando não teve conhecimento (nem tinha condições de conhecer) sua existência. O particular tem o dever de manifestar-se acerca da prática de irregularidade. Verificando o defeito, ainda que para ele não tenha concorrido, o particular deve manifestar-se. Se não o fizer, atuará culposamente. Não poderá invocar a boa-fé para o fim de obter indenização ampla" (Marçal Justen Filho).** 9. Negado provimento aos embargos infringentes. (EIREO 188890320014010000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 DATA:10/03/2008 PAGINA:20.)

No caso sob análise, estando clara a nulidade do contrato de prestação de serviços advocatícios, **eis que ausente qualquer indício de que tenham sido observados os dispositivos da Lei n.º 8666/93, transcritos acima**, bem como a inexistência de boa-fé por parte da contratada, uma vez que, na condição de advogada, tinha ciência da nulidade da avença celebrada em desacordo com as disposições da lei de licitações, inobstante tenha preferido executar os serviços contemplados no contrato, **resta patente a insubsistência de título hábil a legitimar eventual pagamento pelos serviços advocatícios prestados**.

E ainda que não se pudesse falar em concorrência de conduta da particular para a celebração do contrato nulo e em obrigação da administração de indenizá-lo pela execução dos serviços, tal providência teria que ser buscada nas vias ordinárias, por arbitramento, e não com base no próprio contrato tido por nulo. Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CHEQUE PRESCRITO. CONTRATO VERBAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. TRANSPORTE. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO E PRÉVIO EMPENHO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59, § 4º, DA LEI 4.320/64, 59 E 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93. OCORRÊNCIA. OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DE ORDEM CONSTITUCIONAL (CF/88, ART. 37, XXI). FINALIDADE (LEI 8.666/93, ART. 3º). FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REGRA GERAL: CONTRATO ESCRITO (LEI

> 8.666/93, ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO). INOBSERVÂNCIA DA FORMA LEGAL. EFEITOS. NULIDADE. EFICÁCIA RETROATIVA (LEI 8.666/93, ART. 59, PARÁGRAFO ÚNICO). APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO FINANCEIRO. PROVIMENTO. (...) **6. No regime jurídico dos contratos administrativos nulos, a declaração de nulidade opera eficácia ex tunc, ou seja, retroativamente, não exonerando, porém, a Administração do dever de indenizar o contratado (Lei 8.666/93, art. 59, parágrafo único), o que, todavia, deve ser buscado na via judicial adequada.** 7. Recurso especial provido. (RESP 200300784135, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:19/09/2005 PG:00187 RSTJ VOL.:00196 PG:00083 ..DTPB:.)

Destaca-se que a própria Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), em seu art. 22, §2º, da Lei n.º 8.906/94, remete às vias ordinárias, por meio de arbitramento, a fixação dos honorários advocatícios quando estes não forem regularmente estipulados entre patrono e seu cliente, como sói de ser na espécie[6]

Frise-se: a celebração do contrato em tela não obedeceu sequer minimamente aos requisitos necessários à formalização de um contrato administrativo.

Em face do quanto exposto, resta patente a ilegalidade do contrato de serviços advocatícios celebrado pelo Município de Serra Preta/BA, pelo que deve ser declarada a respectiva ilegalidade, ficando proibido ao Município efetuar qualquer pagamento com base nele em favor da contratada.

6.4. – Da vedação à utilização do crédito público no pagamento de honorários advocatícios contratuais pelo Município de Serra Preta/BA

Com efeito, conforme mencionado alhures, as verbas do FUNDEF, de acordo com a Constituição e normas infraconstitucionais, destinam-se, exclusivamente, à promoção de um sistema educacional básico e fundamental de qualidade, com o objetivo de diminuir a desigualdade social que assola o país, atendendo, assim, a um dos objetivos fundamentais da Federação.

Tratando-se, dessa forma, de verba vinculada por força de mandamento constitucional à aplicação na educação básica, não se pode conceber que a obtenção dos valores referentes à complementação da União para o Fundo através do Poder Judiciário transmude a natureza própria e a destinação específica de tais recursos, sob pena de se incorrer em desvio de finalidade.

---

[6]Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

(...)

§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

Acerca do desvio de finalidade, veja-se a clássica lição de Hely Lopes Meirelles:

> "O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos ou meios imorais para a prática do ato administrativo aparentemente legal." (HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, p. 92, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990).

Nessa linha de raciocínio, atenta contra a Constituição subtrair desse Fundo verba no montante de R$1.918.621,49 (um milhão, novecentos e dezoito mil, seiscentos e vinte e um reais e quarenta e nove centavos) e direcioná-la para pagamento de obrigação assumida em contrato particular de honorários advocatícios, celebrado sem qualquer critério que viesse a refletir a justa indenização do trabalho da causídica, resultando no exorbitante valor acima declinado.

Dessa forma, considerando a natureza vinculada determinada pela origem dos recursos, além da desproporcionalidade do valor em função do trabalho efetivamente desenvolvido, não se pode admitir que o montante acima citado seja vertido para o pagamento de honorários, devendo a verba objeto da execução necessariamente ser aplicada, ainda que de forma atrasada, na mesma finalidade a que se destinou o fundo contábil: a educação básica. No sentido de tais considerações vem se posicionando a jurisprudência pátria, conforme se vê dos acórdãos a seguir transcritos:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDEF. RETENÇÃO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. ***Em se tratando de diferenças alusivas ao FUNDEF, justifica-se a sua vinculação, quando pagas, a finalidades relacionadas à área a que se destina, qual seja, à educação.*** 2. Os honorários advocatícios contratuais devem ser pagos aos patronos contratados pelo ente Público através da verba própria, e não com retenção de verba vinculada, sob pena de violação ao texto constitucional. (TRF-5ª R. 1ª T., AG 126993/PE, rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, DJ 19/10/12) 3. Há de se afastar a alegação de incompetência da Justiça Federal levantada em contrarrazões, pois "não há qualquer litígio entre os exequentes e os seus patronos, mas sim intervenção do Juízo Federal, que indeferiu o pedido de retenção dos honorários contratuais". (cf. TRF-5ª R., 1ª T., AGTR 138950, rel. Des. Federal Manoel Erhardt, DJ 02/10/14) 4.

> Agravo de instrumento desprovido. (TRF-5, AG 00004391020154050000, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro, DJE – Data: 20/05/2015 – Página: 47).
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. FUNDEF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. **Os honorários advocatícios contratuais devem ser pagos aos patronos contratados pelo ente público através da verba própria *e não com retenção de verba vinculada, sob pena de violação do texto constitucional.*** (Precedente deste Tribunal. AG 126993/PE, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, DJE em 19/10/2012). 2. Agravo de instrumento improvido. (TRF-5, AG 00099246820144050000, 3ª Turma, Des. Federal Marcelo Navarro, DJE – Data: 07/04/2015 – Página: 46).

Nesse sentido, o art. 22 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) deve ser lido em harmonia com a Constituição, não podendo ser interpretado de forma isolada no ordenamento jurídico.

Os valores que por ventura sejam devidos pelo município exequente à advogada por ele contratada para patrocinar a causa devem, assim, ser adimplidos por outros recursos previstos no orçamento para assessoria jurídica do município.

Nesse ponto, é importante destacar que raciocinando desse modo, não se assumirá que o Município restará inadimplente com seu patrono, visto que os honorários contratuais subsistirão e poderão ser honrados pela Urbe, desde que tais adimplementos se deem mediante o uso de recursos orçamentários próprios da edilidade, preservando-se, assim, a vontade constitucional apontada.

7 – DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) trata da tutela provisória, dividindo-a em tutela de urgência e tutela de evidência (art. 294). Comentando o art. 294 do novel CPC, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina:

> Este dispositivo inaugural o regime jurídico da tutela provisória no NCPC, esclarecendo desde logo no *caput* que o gênero (tutela provisória) pode fundamentar-se em *urgência* e *evidência*. Ambas, conquanto provisórias – ou seja, ainda sujeita a modificação após o aprofundamento da cognição – não se confundem.
> A ***tutela de urgência*** está precipuamente voltada a **afastar o *periculum in mora*,** serve, portanto, para **evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo** (agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável), ao passo que **a *tutela de evidência*** baseia-se exclusivamente **no alto grau de probabilidade do direito invocado,** concedendo, desde já, aquilo que muito provavelmente virá ao final. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et. al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. p. 487)

Outrossim, o art. 12 da Lei nº 7.347/85 aduz que *"poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo"*. Para tanto, devem estar presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Acrescente-se ainda que, conforme determina o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), aplicável a todas as ações civis públicas por força do art. 21 da Lei nº 7.347/85, *"na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*".

No caso em exame, **o alto grau de probabilidade de direito** consubstancia-se na necessidade de vinculação da totalidade dos créditos oriundos de demanda judicial **nº 2003.33.00.030434-0** aos serviços e ações de manutenção e desenvolvimento da área da educação, conforme preconiza a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional. Tem-se, portanto, que o direito a amparar o pedido já restou demonstrado à saciedade, com os dispositivos legais, doutrina e jurisprudência antes colacionados.

De outra banda, o *periculum in mora* justifica-se pelo fato de que o crédito público, representado pelo precatório oriundo da Ação Ordinária nº 2003.33.00.030434-0 (Ação de Execução nº 018656-14.2012.4.01.3300) já foi objeto de atos tendentes à sua disponibilização pelo Município de Serra Preta/BA, haja vista a realização de cessão total do crédito objeto do precatório nº 108/2015 através da Lei Municipal nº 448/2016 (fls. 09/11 do IC).

Ou seja, o Sr. Adeil Figueredo Pedreira, atual prefeito do Município de Serra Preta, sancionou lei com vistas a antecipar receita que adviria quando do recebimento de precatório judicial; em troca, cedeu os direitos creditórios do requisitório.

Sabendo dessa intenção, **o MPF expediu a Recomendação nº 01/2016 (fls. 27/33 do IC), recomendando ao Município demandado que**: **a)** aplicasse as verbas decorrentes de **precatórios do FUNDEF (diferenças de complementação federal) exclusivamente na manutenção e desenvolvimento do ensino 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) suspendesse 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 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), **examinasse 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.

No entanto, apesar de devidamente notificado, o município não apresentou qualquer resposta (fl. 44 do IC), restando inequívoca a intenção do atual prefeito em utilizar a verba indiscriminadamente.

Assim, a demora no provimento jurisdicional poderá acarretar a ineficácia do provimento final, dada a possibilidade de dissipação do crédito, com o risco de não reaver os valores de forma total.

PORTANTO, O PERIGO DA DEMORA É LATENTE.

Diante do risco, há duas formas possíveis de garantir o resultado útil do processo.

A primeira consiste em decretar, de imediato, antes da oitiva do Município, a tutela de evidência para determinar:

a) a obrigação de aplicar integralmente o crédito público oriundo da Ação Ordinária nº 2003.33.00.030434-0 na manutenção e desenvolvimento da educação, com a criação de uma conta específica para fins de movimentação financeira dos valores, na qual a **retirada da verba seja efetuada exclusivamente para a realização de pagamentos**, ao prestador/fornecedor, e para aplicação financeira, com **a identificação do destinatário desses valores**, inclusive nas operações excepcionais, e a realização de **pagamento apenas sob a forma de transferência eletrônica via crédito na conta bancária do destinatário** (vedados os cheques e saques na "boca do caixa"), sem prejuízo da aplicação do mínimo constitucional nessa área social e da complementação realizada pela União atualmente para fins do FUNDEB, cominando multa pessoal ao gestor que dê causa a eventual descumprimento;

b) a obrigação de não ceder os créditos do precatório, bem como não aplicar o crédito público oriundo da Ação Ordinária nº 2003.33.00.030434-0 em gastos com publicidade e propaganda, eventos, repasses à Câmara de Vereadores, pessoal que não faça parte da área de educação, incluindo previdência e honorários advocatícios contratados, garantindo-se o emprego em áreas sociais com relevo constitucional e em benefício direto à população (art. 6º da CF), cominando multa pessoal ao gestor que dê causa a eventual descumprimento (Art. 77, IV, do Novo CPC)[7].

A segunda forma (alternativa) consiste em decretar, também de imediato, a tutela de urgência para determinar a indisponibilidade dos recursos.

[7]PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. MULTA DIÁRIA DIRECIONADA À AUTORIDADE IMPETRADA. POSSIBILIDADE. 1. A questão nos autos indaga saber se pode a multa cominatória ser direcionada ao agente público que figura como impetrado na ação mandamental. 2. Segundo o Tribunal de origem, "a imposição da multa pessoal cominada ao Presidente do RIOPREVIDENCIA, vez que em consonância com o parágrafo único do art. 14 do CPC, [...] tem por finalidade reprimir embaraços a efetivação do provimento judicial". **3. A cominação de astreintes pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais**. (Precedente: REsp 1111562/RN, da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, publicado em 18/09/2009). 4. Agravo regimental não provido. ..EMEN: (AGARESP 201400259520, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:09/06/2014

Ocorre que, tratando-se de recursos que devem ser aplicados na educação, há uma questão que deve ser observada nesta hipótese.

A indisponibilidade não pode perdurar durante todo o processo, sob pena de se causar um outro dano aos estudantes em razão da não aplicação das verbas. **Destarte, a indisponibilidade deve perdurar tão somente até que, após o oferecimento da defesa do município, seja possível decretar a tutela de evidência ou o promover o julgamento antecipado da lide.**

8 – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS FINAIS

Em face do exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** requer:

a) a concessão liminar **de tutela provisória de urgência,** nos moldes requeridos;

b) a designação de audiência de conciliação, conforme previsto no art. 334 do CPC;

c) a citação do Município de Serra Preta/BA para, querendo, contestar a presente ação;

d) a procedência da demanda para impor ao Município de Serra Preta/BA:

d.1) a obrigação de aplicar integralmente o crédito público oriundo da Ação Ordinária nº 2003.33.00.030434-0 na manutenção e desenvolvimento da educação, com a criação de uma conta específica para fins de movimentação financeira dos valores, na qual a **retirada da verba seja efetuada exclusivamente para a realização de pagamentos**, ao prestador/fornecedor, e para aplicação financeira, com **a identificação do destinatário desses valores**, inclusive nas operações excepcionais, e a realização de **pagamento apenas sob a forma de transferência eletrônica via crédito na conta bancária do destinatário** (vedados os cheques e saques na "boca do caixa"), <u>sem prejuízo da aplicação do mínimo constitucional nessa área social e da complementação realizada pela União atualmente para fins do FUNDEB, cominando multa pessoal ao gestor que dê causa a eventual descumprimento;</u>

d.2) **<u>adicionalmente</u>**, impor ao Município de Serra Preta/BA a obrigação de não ceder os créditos do precatório, bem como não aplicar o crédito público oriundo da Ação Ordinária nº 2003.33.00.030434-0 em gastos com publicidade e propaganda, eventos, repasses à Câmara de Vereadores, pessoal que não faça parte da área de educação, incluindo previdência e honorários advocatícios contratados, garantindo-se o emprego em áreas sociais com relevo constitucional e em benefício

direto à população (art. 6º da CF), cominando multa pessoal ao gestor que dê causa a eventual descumprimento (Art. 77, IV, do Novo CPC)[8];

e) a condenação do demandado nos ônus da sucumbência.

Protesta, ademais, pela produção de todas as provas admissíveis em direito, tais como apresentação de documentos, oitiva de testemunhas e realização de perícias e inspeções judiciais, caso estas se façam necessárias.

Requer ainda a dispensa do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, em vista do disposto no art.18 da Lei nº 7.347/85.

Dá-se à causa o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), pelo seu valor inestimável.

Feira de Santana/BA, 13 de dezembro de 2016.

Marcos André Carneiro Silva
PROCURADOR DA REPÚBLICA

C:\Users\PRBA\Downloads\1.14.004.001340-2016-42 - Serra Preta.odt

[8]PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. MULTA DIÁRIA DIRECIONADA À AUTORIDADE IMPETRADA. POSSIBILIDADE. 1. A questão nos autos indaga saber se pode a multa cominatória ser direcionada ao agente público que figura como impetrado na ação mandamental. 2. Segundo o Tribunal de origem, "a imposição da multa pessoal cominada ao Presidente do RIOPREVIDENCIA, vez que em consonância com o parágrafo único do art. 14 do CPC, [...] tem por finalidade reprimir embaraços a efetivação do provimento judicial". **3. A cominação de astreintes pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais**. (Precedente: REsp 1111562/RN, da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, publicado em 18/09/2009). 4. Agravo regimental não provido. ..EMEN: (AGARESP 201400259520, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:09/06/2014