

ROTEIRO DE ATUAÇÃO

FUNDEF

FUNDO NACIONAL E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL
E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO



1ª CÂMARA
DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

Grupo de Trabalho Interinstitucional FUNDEF/FUNDEB
MPF, MPs dos Estados e MPs de Contas

1ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal**Subprocuradora-Geral da República - Coordenadora**

Elizeta Maria de Paiva Ramos

Subprocuradora-Geral da República

Lindôra Maria de Araújo

Subprocuradora-Geral da República

Célia Regina Souza Delgado

Subprocurador-Geral da República

Moacir Mendes Sousa

Procuradora Regional da República

Maria Cristiana Simões Amorim Ziouva

Procurador Regional da República

Alexandre Espinosa Bravo Barbosa

Grupo de Trabalho Educação 1ª CCR

Maria Cristina Manella Cordeiro - Coordenadora

José Ricardo Custódio de Melo Júnior

Letícia Carapeto Benrdt

Paulo Rubens Carvalho Marques

Niedja Gorete de Almeida Rocha Kasparly

Eliana Pires Rocha

Sérgio Luiz Pinel Dias

Grupo de Trabalho Interinstitucional FUNDEF***Integrantes do Ministério Público Federal***

Alfredo Carlos Gonzaga Falcao Junior

Bruna Menezes Gomes Da Silva

Carolina Augusta Da Rocha Rosado

Caroline Maciel Da Costa Lima Da Mata

Cristiana Koliski Taguchi

Edmundo Antonio Dias Netto Junior

Helder Magno Da Silva

Jose Guilherme Ferraz Da Costa

Jose Milton Nogueira Junior

Jose Ricardo Custodio De Melo Junior

Juraci Guimaraes Junior

Leandro Bastos Nunes

Marcelo Mesquita Monte

Marcelo Santos Correa

Maria Cristina Manella Cordeiro

Niedja Gorete De Almeida Rocha Kasparly

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

Pedro Gabriel Siqueira Goncalves
Ramiro Rockenbach Da Silva Matos Teixeira De Almeida
Raphael Luis Pereira Bevilaqua
Tranvanvan Da Silva Feitosa

Integrantes do Ministério Público Estadual

Alexandre Batista Dos Santos Couto Neto
Antonio De Oliveira Lima
Daniela Yokoyama
Delisa Olívia Vieiralves Ferreira
Élder Ximenes Filho
Elizabeth Maria Almeida De Oliveira
Everângela Araújo Barros Parente
José Carlos Fernandes Junior
José Carlos Silva Castro
Leonardo Dantas Nagashima
Leonardo Quintans Coutinho
Luciana Linero
Luiz Gonzaga Martins Coelho
Mavial De Souza Silva
Neyde Regina Demosthenes Trindade
Sandra Soares De Pontes
Valmiro Santos Macêdo

Integrantes do Ministério Público de Contas

Danilo Diamantino Gomes Da Silva
Elke Andrade Soares Moura
Gleydson Antônio Alexandre
Gustavo Henrique Albuquerque Santos
Jairo Cavalcanti Vieira
Leandro Maciel Do Nascimento

SUMÁRIO

Introdução	5
Capítulo 1	
Atuação Interinstitucional MPF – MP Estadual – Tribunal de Contas do Estado	7
Capítulo 2	
Posicionamento do Tribunal de Contas da União	8
Capítulo 3	
Posicionamento do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE	10
Capítulo 4	
Posicionamento do Conselho Nacional de Procuradores Gerais – CNPG	12
Roteiro de Atuação I	
Ações individuais dos Municípios (correm na Justiça Federal).....	13
Roteiro de Atuação II	
Ações dos Municípios para cumprimento da sentença da ACP do MPF/SP	14
Roteiro de Atuação III	
Precatórios já recebidos pelo Município	15
ANEXOS	
Documento I – Ato Conjunto PGR/PGJs	18
Documento II – Recomendação nº 01/18	19
Documento III – Nota Técnica nº 19/2018/CGFSE/DIGEF	29
Documento IV – Nota Técnica CNPG nº 25/2018	36
Modelo I – Consulta se o ofício tem valores a receber	45
Modelo II – Gestor Público se abstenha de contratar Escritório de Advocacia ..	46
Modelo III – Termo de Ajustamento de Conduta	51
Modelo IV – Recomendação para anulação do Contrato	55
Modelo V – Ação Civil Pública para anulação do Contrato	61
Modelo VI – Petição para julgamento antecipado da demanda	88
Modelo VII – Suscitação de Conflito negativo de competência	94
Modelo VIII - Ação Civil Pública com Pedido de Tutela de Urgência	111

Introdução

Em decorrência de Ação Civil Pública promovida pela Procuradoria da República no Estado de São Paulo (autos n. 1999.61.00.050616-0), foi reconhecido, por sentença transitada em julgado, o direito de alguns municípios à complementação dos valores pagos, à época, a menor pela União, à Título de FUNDEF, referentes ao período de 1998 a 2006 (Nota Técnica MEC/SE nº 07/2018).

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, atualmente substituído pelo Fundo de Manutenção e desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos profissionais da educação – FUNDEB, foi instituído pela Emenda Constitucional n. 14/96, que deu nova redação ao art. 60 do ADCT, como um fundo de natureza contábil (§ 1º do art. 60), que assegurava aos Estados e Municípios o repasse automático de seus recursos, de acordo com os coeficientes de distribuição previamente estabelecidos e publicados.

Tais recursos, garantidos pelo sucesso da ACP acima mencionada, já estão disponíveis através de precatórios aos estados que faziam jus, à época, à complementação da União, sendo necessário, porém, para o seu efetivo recebimento, a simples execução da sentença em cada localidade.

Ressalte-se que os valores devidos estão calculados por estado e por município (Nota Técnica MEC/SE nº 07/2018), não sendo necessário que os cálculos referentes aos municípios sejam solicitados individualmente à representação da CGU de cada localidade, a exemplo do que foi feito no Estado do Maranhão.

Aliás, nesse mesmo estado o MPF promoveu a execução da sentença proferida nos autos da referida ACP, referente a todos os municípios maranhenses.

Todavia, apesar da baixa complexidade jurídica da ação, diversos municípios contrataram, sob justificativa diversa, sem licitação, escritórios de advocacia para recuperação de tais valores, utilizando parte deles para pagamento de honorários advocatícios.

Além disso, alguns municípios estão aplicando ou pretendem aplicar tais recursos em finalidades distintas à manutenção e desenvolvimento da educação.

Ocorre que a Lei n. 9.424/96, ao disciplinar a organização do Fundo, determinou expressamente que seus recursos devem ser obrigatoriamente aplicados na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério, não conferindo, pois, margem de discricionariedade ao gestor para utilizá-lo de modo diverso.

Determina, ainda, o art. 8º, parágrafo único, da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que “os recursos legalmente vinculados a finalidade específica

serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.

Destaca-se, ainda, recente decisão do STF nas Ações Cíveis Originárias (ACOs) 648, 660, 669 e 700, ajuizadas, respectivamente, pelos Estados da Bahia, do Amazonas, de Sergipe e do Rio Grande do Norte, que condenou a União ao pagamento de diferenças relacionadas à complementação do Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), afirmando que o valor mínimo repassado por aluno em cada unidade da federação não pode ser inferior à média nacional apurada, impondo à União o dever de suplementação desses recursos. Também ficou estabelecido que os recursos recebidos retroativamente deverão ser destinados exclusivamente à educação .

Por fim, a 1ª Seção do STJ, em 10/10/2018, no julgamento do REsp 1703697/PE, decidiu que não pode haver destaque para pagamento de honorários advocatícios nos precatórios do FUNDEF.

Infelizmente, há notícias de que vários municípios estão valendo-se desse expediente em prejuízo da melhoria da educação básica, assim como desviando recursos que deveriam ser exclusivamente aplicados na área, para outros setores, acenando, pois, para a necessidade de uma célere e diligente ação dos órgãos de controle e fiscalização.

Ciente da complexidade e peculiaridade dessa matéria, é que a 1ª Câmara de Coordenação e Revisão em uma atuação estratégica com os Ministérios Públicos dos Estados e os Ministérios Públicos de Contas oferece o presente roteiro, com orientações apenas **indicativas**, a partir de experiências já desenvolvidas. As particularidades e o estudo do caso concreto poderão exigir **atuações diferenciadas**.

Capítulo 1

Atuação Interinstitucional MPF – MP Estadual – MP de Contas

Considerando a substancial materialidade desses fundos recebidos em decorrência de ação ajuizada contra a União e os riscos de desvios na utilização de forma diversa àquela prevista na Lei 11.984/2007, ou em desacordo com princípios constitucionais e legais, a 1ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF promoveu no dia 21 de agosto de 2018, na sede da Procuradoria Geral da República em Brasília-DF, **“Reunião de Alinhamento entre MPF e MP’s Estaduais sobre Verbas Precatórias do FUNDEB”** que contou com a presença da Procuradora-Geral da República, dos Procuradores Gerais de Justiça, membros do MPF e da Secretaria de Controle Externo da Educação, Cultura e do Desporto do Tribunal de Contas da União - SecexEducação/TCU, como representante dos órgãos de controle.

Durante a reunião, foi firmado memorando de entendimento assinado pela Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, representando o MPF, e pelo presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPJ), Benedito Torres Neto, representando os Mps Estaduais ([Anexos - Documento I](#)), reafirmando como sendo prioridade absoluta do Ministério Público Brasileiro zelar pelo cumprimento da sentença judicial que, em ação civil pública, determinou que sejam aplicados exclusivamente em serviços de educação os recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

Ainda como resultado da Reunião de Alinhamento entre MPF e MPF’s Estaduais sobre Verbas Precatórias do FUNDEB, deliberou-se pela criação de um Grupo de Trabalho Interinstitucional para compartilhamento de iniciativas e alinhamento de diretrizes que garantissem a aplicação desses recursos no desenvolvimento da Educação Básica.

O Grupo de Trabalho Interinstitucional reuniu-se no dia 14 de setembro de 2018 e tendo por base as providências já adotadas por cada ente federado deliberaram pela assinatura da **Recomendação Conjunta nº 01/2018** ([Anexo - Documento II](#)) em que O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DE CONTAS E OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS DE ALAGOAS, AMAZONAS, BAHIA, CEARÁ, GOIÁS, MARANHÃO, MATO GROSSO, MATO GROSSO DO SUL, MINAS GERAIS, PARÁ, PARAÍBA, PERNAMBUCO, PIAUÍ, PARANÁ, RIO GRANDE DO NORTE, RONDÔNIA, SERGIPE E TOCANTINS adotariam as providências necessárias ao acompanhamento do cumprimento das redes formadas em cada um dos Estados da Federação.

Capítulo 2

Posicionamento do Tribunal de Contas da União

Vale ressaltar, todavia, que não cabe na hipótese a subvinculação de 60% para remuneração e valorização do magistério, como estão querendo fazer crer alguns sindicatos de professores. Sobre isso já se manifestou o TCU através do Acórdão 1962/2017 .

Diante de tais fatos, o Ministério Público do Estado do Maranhão – MPMA, a Procuradoria da República no Estado do Maranhão – PRMA e o Ministério Público de Contas do Estado do Maranhão – MPCO/MA, representaram o fato perante o Tribunal de Contas da União – TCU que, considerando-a inteiramente procedente, publicou o Acórdão n. 1824/2017 firmando, em resumo, os seguintes entendimentos .

- a) que os recursos federais provenientes da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef e ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Básico e de Valorização do Magistério – Fundeb, ainda que oriundos de sentença judicial, devem ser recolhidos integralmente à conta bancaria do FUNDEF, a fim de garantir-lhes a finalidade e a rastreabilidade;
- b) que sua utilização seja exclusiva na destinação previstas na lei e na Constituição;
- c) que sua utilização fora da destinação legal implica na imediata necessidade de recomposição do erário, ensejando a responsabilidade do gestor que deu causa ao desvio;
- d) que a destinação desses valores para o pagamento de honorários advocatícios é ilegal e inconstitucional;
- e) que a natureza extraordinária dos recursos advindos da complementação da União obtida pela via judicial afasta a subvinculação estabelecida no art. 22, da Lei 11.494/2007;
- f) que o disposto no referido art. 22, incide sobre recursos ordinários (anuais) para garantir despesas correntes do exercício com numeração;
- g) que os recursos dos precatórios do FUNDEF possuem natureza extraordinária (recursos não permanentes);
- h) que a situação concreta dos precatórios do FUNDEF não se enquadra na previsão legal do dispositivo;
- i) que a aplicação estrita do dispositivo (recursos extraordinários utilizados na remuneração), poderia gerar riscos sobre o impacto orçamentário-financeiro para exercícios seguintes (manutenção de despesas continuadas, teto remuneratório, irredutibilidade salarial);

- j) que a previsão legal expressa é a de que os recursos sejam utilizados para pagamento da “remuneração dos professores no magistério”, não havendo qualquer previsão para a concessão de abono ou de qualquer outro favorecimento pessoal momentâneo, e não valorização abrangente e continuada da categoria;
- k) que os entes municipais e estaduais beneficiários de precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União, no âmbito do FUNDEF, se abstenham de utilizar tais recursos no pagamento a profissionais do magistério ou a quaisquer outros servidores públicos, a qualquer título, a exemplo de remuneração, salário, abono ou rateio, até que o TCU decida sobre o mérito das questões suscitadas no feito, relatado pelo Ministro Walton Alencar, cuja cautelar foi concedida em 27/6/2018, no acórdão 1518/2018- TCU- Plenário.

Capítulo 3

Posicionamento do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE

O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, nas Notas Técnicas nº 12/2018 e 19/2018 ([Anexo - Documento III](#)), se posicionou contrariamente a sua obrigatoriedade na aplicação dos recursos recebidos a título de complementação do FUNDEF, nos seguintes termos:

- a) o objetivo dos preceitos constitucionais que vinculam 60% dos recursos dos Fundos (Fundef e Fundeb) à remuneração dos profissionais do magistério público da educação básica e, precipuamente, direcionar recursos que auxiliem na criação e implementação dos planos de carreira e no cumprimento do piso salarial do magistério, visando garantir a esses profissionais uma melhor formação e condições de trabalho que estimulem o ingresso e permanência na carreira;
- b) tais políticas devem ser continuamente formuladas e implementadas, de forma que as medidas requeridas à efetiva concretização sejam permanentemente revistas e atualizadas, sem provocar sobressaltos e perturbações desmedidas, que fujam à normalidade e à razoabilidade que deve pautar o planejamento e a ação dos entes governamentais, o que não justifica, entretantes, a liberação pontual de significativa quantia de recursos, no caso oriunda dos precatórios;
- c) o pagamento de significativa quantia remuneratória aos profissionais do magistério de uma só vez, por ocasião da liberação dos recursos dos precatórios, não se inscreve e não atende às políticas de valorização do magistério público da educação básica, mas, de modo contrário, representa momentâneo e desproporcional pagamento, em valores totalmente desconectados das reais possibilidades de garantia e permanência do nível remuneratório que representam, rompendo, dessa forma, com os princípios da continuidade que deve nortear as políticas de valorização dos profissionais do magistério e da irredutibilidade de salário, que se encontra esculpido no art. 70, da CF/88;
- d) a subvinculação anual que incide sobre a totalidade dos recursos dos Fundos possui uma finalidade que não prevalece na hipótese da liberação de uma quantia exorbitante a determinados profissionais, de uma única vez. Isto porque a subvinculação não objetiva favorecer pessoalmente os profissionais do magistério, mas colaborar com a implementação e manutenção de uma política voltada à sua valorização. Assim, a aplicação dos recursos dos precatórios em outras ações de

manutenção e desenvolvimento do ensino inscreve-se de maneira muito mais pertinente com propósito que se encontra presente no arcabouço legal que objetiva assegurar valorização a esses profissionais do magistério.

Capítulo 4

Posicionamento do Conselho Nacional de Procuradores Gerais - CNPG

O Conselho Nacional de Procuradores Gerais - CNPG, por meio do Grupo Nacional de Direitos Humanos/Comissão Permanente de Educação, emitiu a Nota Técnica CNPG/CNDH nº 25, de 20 de setembro de 2018 ([Anexos – Documento IV](#)), ratificando posicionamentos anteriormente exarados pelo Tribunal de Contas da União - TCU e pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, em consonância com o alinhamento ao planejamento estratégico nacional (CNMP), com foco na atuação preventiva e resolutiva do Ministério Público brasileiro, na perspectiva de proteção do patrimônio público educacional, posicionou-se pela vinculação da utilização das verbas do FUNDEF unicamente na Educação e na impossibilidade de pagamento de remuneração dos profissionais da educação (subvinculação), com recurso de caráter excepcional em razão da ofensa a princípios constitucionais. Fortalecimento das redes de controle, mediante ação articulada.

ROTEIRO DE ATUAÇÃO I

Ações individuais dos Municípios (correm na Justiça Federal)

- **Ministério Público Federal – MPF e Advocacia Geral da União – AGU**
 - **Instaurar Inquérito Civil Público – ICP** para apurar se houve a contratação de escritório de advocacia, sem licitação, para ajuizamento de ação contra a União para o recebimento das diferenças do FUNDEF, bem como para garantir que os recursos estejam sendo aplicados exclusivamente nas ações de manutenção e desenvolvimento da educação no município; ([Anexos - Modelo I](#))
 - **Expedir Recomendação** ao gestor público, a fim de que se abstenha de fazer a contratação de escritório de advocacia e caso venha a fazê-lo que o faça com observância as regras da Lei nº 8.666/93, bem como que os honorários devidos em decorrência do serviço, não poderão, em nenhuma hipótese, serem pagos com os recursos recebidos por meio de precatório do FUNDEF ([Anexos - Modelo II](#))
 - **Propor celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC**, tendo por objetivo garantir: a) o depósito dos recursos em uma conta específica, a ser informada à rede de controle que poderá, caso necessário, ter acesso aos extratos junto às instituições financeiras; b) apresentação de um Plano de Ação, com o respectivo cronograma, para aplicação exclusiva na manutenção e desenvolvimento da educação no município, sugerindo, inclusive, observância quanto às demandas da Promotoria de Justiça, oriundas de Projetos e Programas Institucionais, ou, caso tenha havido a implementação do Projeto MPEDUC, demandas necessárias para solucionar os problemas diagnosticados, alinhados as metas dos Planos Decenais de Educação (nacional, estadual e municipal); c) ampla discussão com a sociedade local, inclusive com a participação dos órgãos de controle do Município (Câmara de Vereadores, Conselho Municipal de Educação e Conselho de Acompanhamento do FUNDEF), confrontando-o com os indicadores educacionais do Município em reuniões públicas ou através de videoconferências; ([Anexos - Modelo III](#))
 - **Expedir Recomendação** para suspensão do pagamento e anulação do contrato, caso tenha contratado escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, com previsão de destaque de pagamentos de honorários advocatícios do valor a ser recebido ([Anexos - Modelo IV](#))

- **Propor Ação Civil Pública** para anulação do contrato lesivo ao patrimônio público e ao patrimônio educacional dos estudantes, no caso da não suspensão do pagamento ou anulação do contrato, com pedido de bloqueio dos recursos para garantir a destinação exclusiva das verbas na educação ([Anexos - Modelo V](#))

ROTEIRO DE ATUAÇÃO II

Ações dos Municípios para cumprimento da sentença da ACP do MPF/SP

- **Ministério Público Estadual**
 - **Identificar se houve contratação de escritórios de advocacia**, sem licitação e cujos honorários contratuais sejam remunerados com recursos do FUNDEF ([Anexos - Modelo I](#))
 - **Expedir Recomendação** para suspensão do pagamento e anulação do contrato, caso tenha contratado escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, com previsão de destaque de pagamentos de honorários advocatícios do valor a ser recebido ([Anexos - Modelo IV](#))
 - **Propor Ação Civil Pública** para anulação do contrato ([Anexos - Modelo V](#)), se a ação já foi intentada, interpor petição pelo julgamento antecipado da demanda, considerando decisão recente do STJ ([Anexos - Modelo VI](#))
- **Ministério Público de Contas**
 - **Identificar se houve contratação de escritórios de advocacia**, sem licitação e cujos honorários contratuais sejam remunerados com recursos do FUNDEF
 - **Representar** ao Tribunal de Contas Estadual
- **Ministério Público Federal**
 - **Nos cumprimentos de sentença**, manifestar-se suscitando: a) a ilegitimidade dos Municípios para a execução do julgado, pois, a.1.) a União foi condenada a recompor o FUNDEF e não o patrimônio do município; a.2) apenas o MPF pode executar a sentença pois se trata de um interesse coletivo e não individual homogêneo, sendo o cumprimento da sentença uma via inadequada para tal finalidade; b) sustentar a existência de litispendência em razão da PR/SP estar promovendo a

execução da ACP; c) sustentar também que os cumprimentos de sentença estão suspensos em razão da decisão liminar na Ação Rescisória 5006325-85.2017.4.03.0000, do Des. Fábio Prieto, do TRF 3. O Procurador pode analisar a possibilidade da execução do julgado em relação aos municípios de sua unidade, similar ao adotado pela PR/MA;

ROTEIRO DE ATUAÇÃO III

Precatórios já recebidos pelo Município

➤ **Ministério Público Estadual**

- **Propor celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC**, tendo por objetivo garantir: a) o depósito dos recursos em uma conta específica, a ser informada à rede de controle que poderá, caso necessário, ter acesso aos extratos junto às instituições financeiras; b) apresentação de um Plano de Ação, com o respectivo cronograma, para aplicação exclusiva na manutenção e desenvolvimento da educação no município, sugerindo, inclusive, observância quanto às demandas da Promotoria de Justiça, oriundas de Projetos e Programas Institucionais, ou, caso tenha havido a implementação do Projeto MPEDUC, demandas necessárias para solucionar os problemas diagnosticados, alinhados as metas dos Planos Decenais de Educação (nacional, estadual e municipal); c) ampla discussão com a sociedade local, inclusive com a participação dos órgãos de controle do Município (Câmara de Vereadores, Conselho Municipal de Educação e Conselho de Acompanhamento do FUNDEB), confrontando-o com os indicadores educacionais do Município em reuniões públicas ou através de videoconferências; ([Anexos - Modelo III](#))
- **Verificar se houve ajuizamento de ação de bloqueio dos 60% pelo sindicato:** entendimento de que a competência é da Justiça Federal e de que não cabe a subvinculação. Neste caso, o Ministério Público Estadual deverá pedir declínio ou se manifestar para o juiz suscitar o conflito ([Anexos - Modelo VII](#))

➤ **Ministério Público Federal**

- **Instaurar Inquérito Civil Público - ICP** para apurar se houve a contratação de escritório de advocacia, sem licitação, para o recebimento das diferenças do FUNDEF; ([Anexos - Modelo I](#))

- **Expedir Recomendação para suspensão do pagamento e anulação do contrato**, caso tenha contratado escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, com previsão de destaque de pagamentos de honorários advocatícios do valor a ser recebido (decisão do STJ em 10/10/2018 - RESP 1703697/PE), bem como para garantir que os recursos estejam sendo aplicados exclusivamente nas ações de manutenção e desenvolvimento da educação no município; ([Anexos - Modelo IV](#))
- **Propor Ação Civil Pública para anulação do contrato** lesivo ao patrimônio público e ao patrimônio educacional dos estudantes, no caso da não suspensão do pagamento ou anulação do contrato, com pedido de bloqueio dos recursos para garantir a destinação exclusiva das verbas na educação ([Anexos - Modelo V](#))
- **Órgãos de Controle (CGU, TCE e TCU):** auditorias nos Municípios que já receberam e que já estão utilizando o recurso.

ANEXOS

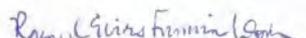
Documento I

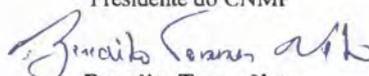


MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

A Procuradora-Geral da República e Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, Raquel Dodge, e o Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais dos Estados e da União, Benedito Torres, ao final da reunião conjunta com a 1ª Câmara de Coordenação e Revisão e todos os Procuradores Gerais de Justiça e membros dos Ministérios Públicos Estaduais e do Ministério Público Federal, resolvem afirmar que é prioridade absoluta zelar pelo fiel cumprimento da sentença judicial que, em ação civil pública, determinou que sejam aplicados **exclusivamente** em serviços de educação os recursos do FUNDEF para 3.800 municípios, assumindo a execução de decisão judicial ajuizada pelo Ministério Público Federal, de modo a que não incidam honorários advocatícios e qualquer outro tipo de despesa, e sejam aplicados **exclusivamente** em ação de manutenção e desenvolvimento da educação.

Brasília, 21 de setembro de 2018.


Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República
Presidente do CNMP


Benedito Torres Neto
Procurador-Geral de Justiça de Goiás
Presidente do CNPG

Ministério Público Federal
Procuradoria Geral da República – SAF Sul Qd. 4, Cj. C - Brasília (DF).
CEP 70050-900 - Tel. (61) 3105-8389

Documento II

PGR-00563432/2018



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
 1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (DIREITOS SOCIAIS E ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL)

RECOMENDAÇÃO N.º 01/18

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DE CONTAS E OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS DE ALAGOAS, AMAZONAS, BAHIA, CEARÁ, GOIÁS, MARANHÃO, MATO GROSSO, MATO GROSSO DO SUL, MINAS GERAIS, PARÁ, PARAÍBA, PERNAMBUCO, PIAUÍ, PARANÁ, RIO GRANDE DO NORTE, RONDÔNIA, SERGIPE E TOCANTINS por seus representantes *in fine* assinados, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais;

1. **CONSIDERANDO** que o Ministério Público é 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 (art. 127, *caput*, CF);
2. **CONSIDERANDO** que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art. 129, inciso II, CF);
3. **CONSIDERANDO** que o disposto no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n.º 75/93, e no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93, preveem, dentre as atribuições do Ministério Público, expedir recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis;
4. **CONSIDERANDO** que são princípios norteadores da Administração Pública e da atuação de seus respectivos gestores, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência (art. 37, *caput*, CF);
5. **CONSIDERANDO** que a Administração Pública deve, na aquisição de bens e serviços, observar e seguir os ditames da Lei n.º 8.666/93, a fim de resguardar os princípios constitucionais supramencionados e o patrimônio público;



PGR-00563432/2018

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (DIREITOS SOCIAIS E ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL)

-
6. **CONSIDERANDO** que a garantia do direito à educação, a cargo do Estado Brasileiro, obedece ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sob o qual todos os agentes públicos são obrigados, prioritariamente, a pautar as suas ações (art. 1º, *caput*, CF);
7. **CONSIDERANDO** que a Constituição Federal, nos artigos 205 e 206, consagra os objetivos e princípios que densificam o direito à educação “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205 da CF);
8. **CONSIDERANDO** que o Supremo Tribunal Federal possui farta jurisprudência no sentido de reconhecer o caráter fundamental e indisponível do direito à educação, bem como “o dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício” (AG.REG-RE-1.122.529, Relator Min. Edson Fachin, Decisão Monocrática, julgado em 07/06/2018; ACO 648/BA, Relator Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 09/03/2018; ACO 669/SE, Relator Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 09/03/2018; ACO 700/RN, Relator Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 09/03/2018; RE 594018 AgR, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009);
9. **CONSIDERANDO** que, em decorrência da Ação Civil Pública promovida pela Procuradoria da República do Estado de São Paulo (processo nº 1999.61.00.050616-0), a União foi condenada a recompor o Fundo, surgindo, então, o direito de vários municípios brasileiros à complementação dos valores pagos, à época, a menor pela União, atinentes ao FUNDEF, referentes ao período de 1998 a 2006;
10. **CONSIDERANDO** que, por meio de ação rescisória manejada pela União no âmbito do TRF da 3ª Região em face do *decisum* referido no tópico anterior (autos nº 5006325-85.2017.4.03.0000) foi deferida liminar, em setembro de 2017, que suspendeu no país todas as execuções propostas por municípios contra a União as quais possuam lastro no título executivo formalizado na referida ação civil pública;
11. **CONSIDERANDO** que, em 06 de setembro de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Cíveis Originárias (ACOs) 648, 660, 669 e 700, ajuizadas, respectivamente, pelos Estados da Bahia, do Amazonas, de Sergipe e do **Rio Grande do Norte**, condenou a União a pagar aos referidos entes a suplementação das verbas do FUNDEF entre os
-



PGR-00563432/2018

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (DIREITOS SOCIAIS E ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL)

exercícios financeiros de 1998 a 2007, tendo, inclusive, deliberado que **“o adimplemento das referidas obrigações por parte da União e respectiva disponibilidade financeira aos Autores vinculam-se à finalidade constitucional de promoção do direito à educação, única possibilidade de dispêndio dessas verbas públicas”**,

12. **CONSIDERANDO**, ainda, que vários desses Estados propuseram ações judiciais ou execuções com o propósito de receber o pagamento dos valores devidos pela União a título de complementação do FUNDEF;

13. **CONSIDERANDO** que a questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça e no julgamento do Resp 1.105.015/BA, decidiu pelo rito dos Recursos repetitivos pelo dever da União de efetuar o cálculo do VMMA na forma determinada em lei, e repassar aos entes federados os valores que deixaram de ser complementados quando dos repasses dos recursos do FUNDEF;

14. **CONSIDERANDO** que, em alguns estados, escritórios de advocacia estão fazendo contato com as prefeituras dos municípios, com o objetivo de celebrar contrato de prestação de serviços advocatícios amparado em suposta “inexigibilidade de licitação”, pela “singularidade dos serviços prestados”, visando ao recebimento dos valores decorrentes de diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMMA), previsto na Lei do FUNDEF (Lei nº 9.424/96), e fixando como uma de suas cláusulas contratuais que o pagamento dos honorários aos referidos escritórios será feito com os próprios recursos complementares do FUNDEF (normalmente no percentual de 20%);

15. **CONSIDERANDO** que as contratações com escritórios de advocacia para promover a execução enfocada podem envolver o montante de milhões de reais, e, como pagamento pela prestação dos serviços, a título *ad exitum*, os honorários advocatícios poderão igualmente atingir a cifra de milhões de reais, incorrendo assim nas seguintes ilegalidades e inconstitucionalidades: a primeira concernente à contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, contrariando a regra de realização de concurso público para contratação de procurador do ente público interessado, bem como a previsão de que a contratação por inexigibilidade é medida excepcionalíssima, que deve ocorrer quando configurada e comprovada a necessidade de serviços de profissional de notória especialização, nos termos do art. 25, II, §1º, da Lei 8666/93); a segunda referente à celebração de contrato de



PGR-00563432/2018

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (DIREITOS SOCIAIS E ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL)

risco que não estabelece preço certo na contratação e que vincula a remuneração do contratado a um percentual sobre o crédito a ser auferido, em desacordo com os arts. 5º, 6º, VIII e 55, III e V, da Lei n. 8.666/93; e, a terceira relacionada à previsão de pagamento do contratado com recursos que possuem destinação vinculada e exclusiva à manutenção e desenvolvimento da educação de qualidade;

16. **CONSIDERANDO** que já se encontra sedimentado na jurisprudência dos Tribunais de Contas (Consulta nº 7458/2011-TCE/MA, Decisão PL TCE nº 100/2012, e Prejulgado nº 1199 do TCE/SC) o entendimento de que somente é admissível o contrato de risco (*ad exitum*) na Administração pública na hipótese em que o poder público não desembolsa qualquer valor, devendo a remuneração do contratado abranger exclusivamente honorários pela sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados em juízo;

17. **CONSIDERANDO** que o FUNDEF, atualmente substituído pelo Fundo Manutenção e desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos profissionais da educação – FUNDEB, foi instituído pela Emenda Constitucional nº 14/96, que deu nova redação ao art. 60 do ADCT, como um fundo de natureza contábil (§ 1º do art. 60), que assegurava aos Estados e Municípios o repasse automático de seus recursos, de acordo com os coeficientes de distribuição previamente estabelecidos e publicados;

18. **CONSIDERANDO** que a Lei nº 9.424/96, que regulamentou o art. 60 do ADCT e definiu mais ainda os contornos do FUNDEF, determinou expressamente que seus recursos fossem obrigatoriamente aplicados na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério;

19. **CONSIDERANDO** o dispositivo no **art. 8º, parágrafo único, da LC 101/2000, segundo o qual "os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso";**

20. **CONSIDERANDO** que eventual contrato celebrado que permita o pagamento de honorários advocatícios com recurso do FUNDEF é, além de ilegal e inconstitucional, lesivo ao patrimônio público e ao patrimônio educacional dos estudantes, por prever honorários

PGR-00563432/2018



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (DIREITOS SOCIAIS E ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL)

contratuais incompatíveis com o alto valor e a inexistente complexidade de causa, que trata de matéria exclusivamente de direito, já pacificada no âmbito dos Tribunais superiores;

21. **CONSIDERANDO**, ainda, que não se reconhece no caso a "singularidade" da matéria, a carecer de serviços jurídicos especializados que justifiquem a contratação via inexigibilidade de licitação, uma vez que vários escritórios de advocacia no país têm ajuizado sobreditas ações, de idêntico conteúdo, **sendo grande parte** limitando-se ao cumprimento de sentença proferida na referida ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal no Estado de São Paulo (ACP nº 1999.61.00.05.0616-0);

22. **CONSIDERANDO**, ademais, que os honorários advocatícios objeto desses contratos não podem ser remunerados com recursos do FUNDEF/FUNDEB, por tratar-se de recurso de aplicação vinculada à melhoria da qualidade da educação, consoante exigência da Lei 9.424/96, bem como do art. 60 do ADCT e do que restou decidido pelo pleno do STF nas Ações Cíveis Originárias (ACOs) 648, 660, 669 e 700;

23. **CONSIDERANDO** os seguintes entendimentos do Tribunal de Contas da União – TCU:

a) que os recursos federais provenientes da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef e ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Básico e de Valorização do Magistério – Fundeb, **ainda que oriundos de sentença judicial**, devem ser recolhidos em conta bancária específica, aberta para esta finalidade, ou na conta bancária do FUNDEB, a fim de garantir-lhes a finalidade e a rastreabilidade;

b) que sua utilização seja exclusiva na destinação previstas na lei e na Constituição;

c) que sua utilização fora da destinação legal implica na imediata necessidade de recomposição do erário, ensejando a responsabilidade do gestor que deu causa ao desvio;

d) que a destinação desses valores para o pagamento de honorários advocatícios é ilegal e inconstitucional;

e) que a natureza extraordinária dos recursos advindos da complementação da União obtida pela via judicial afasta a subvinculação estabelecida no art. 22, da Lei 11.494/2007;

PGR-00563432/2018



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (DIREITOS SOCIAIS E ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL)

-
- f) que o disposto no referido art. 22, incide sobre recursos ordinários (anuais) para garantir despesas correntes do exercício com numeração;
- g) que os recursos dos precatórios do FUNDEF possuem natureza extraordinária (recursos não permanentes)
- h) que a situação concreta dos precatórios do FUNDEF não se enquadra na previsão legal do dispositivo;
- i) que a aplicação estrita do dispositivo (recursos extraordinários utilizados na remuneração), poderia gerar riscos sobre o impacto orçamentário-financeiro para exercícios seguintes (manutenção de despesas continuadas, teto remuneratório, irredutibilidade salarial)
- j) que a previsão legal expressa é a de que os recursos sejam utilizados para pagamento da “remuneração dos professores no magistério”, não havendo qualquer previsão para a concessão de abono ou de qualquer outro favorecimento pessoal momentâneo, não valorização abrangente e continuada da categoria;
- k) que os entes municipais e estaduais beneficiários de precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União, no âmbito do FUNDEF, se abstenham de utilizar tais recursos no pagamento a profissionais do magistério ou a quaisquer outros servidores públicos, a qualquer título, a exemplo de remuneração, salário, abono ou rateio, até que o TCU decida sobre o mérito das questões suscitadas no feito, relatado pelo Ministro Walton Alencar, cuja cautelar foi concedida em 27/6/2018, no acórdão 1518/2018- TCU- Plenário.

24. **CONSIDERANDO** ainda que, recentemente, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais - CNPG, por meio do Grupo Nacional de Direitos Humanos/Comissão Permanente de Educação, emitiu a Nota Técnica CNPG/CNDH nº 25, de 20 de setembro de 2018, ratificando posicionamentos anteriormente exarados pelo Tribunal de Contas da União - TCU e pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, em consonância com o alinhamento ao planejamento estratégico nacional (CNMP), com foco na atuação preventiva e resolutiva do Ministério Público brasileiro, na perspectiva de proteção do patrimônio público educacional, posicionou-se pela vinculação da utilização das verbas do FUNDEF unicamente na Educação e na impossibilidade de pagamento de remuneração dos profissionais da educação (subvinculação), com recurso de caráter excepcional em razão da ofensa a princípios constitucionais. Fortalecimento das redes de controle, mediante ação articulada.

PGR-00563432/2018



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (DIREITOS SOCIAIS E ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL)

25. **CONSIDERANDO** que, no tocante à subvinculação, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, nas Notas Técnicas nº 12/2018 e 19/2018, se posicionou contrariamente à sua obrigatoriedade na aplicação dos recursos recebidos a título de complementação do FUNDEF, nos seguintes termos:

- a) o objetivo dos preceitos constitucionais que vinculam 60% dos recursos dos Fundos (Fundef e Fundeb) à remuneração dos profissionais do magistério público da educação básica e, precipuamente, direcionar recursos que auxiliem na criação e implementação dos planos de carreira e no cumprimento do piso salarial do magistério, visando garantir a esses profissionais uma melhor formação e condições de trabalho que estimulem o ingresso e permanência na carreira.
- b) tais políticas devem ser continuamente formuladas e implementadas, de forma que as medidas requeridas à efetiva concretização sejam permanentemente revistas e atualizadas, sem provocar sobressaltos e perturbações desmedidas, que fujam à normalidade e à razoabilidade que deve pautar o planejamento e a ação dos entes governamentais, o que não justifica, entretantes, a liberação pontual de significativa quantia de recursos, no caso oriunda dos precatórios.
- c) o pagamento de significativa quantia remuneratória aos profissionais do magistério de uma só vez, por ocasião da liberação dos recursos dos precatórios, não se inscreve e não atende às políticas de valorização do magistério público da educação básica, mas, de modo contrário, representa momentâneo e desproporcional pagamento, em valores totalmente desconectados das reais possibilidades de garantia e permanência do nível remuneratório que representam, rompendo, dessa forma, com os princípios da continuidade que deve nortear as políticas de valorização dos profissionais do magistério e da irredutibilidade de salário, que se encontra esculpido no art. 70, da CF/88.
- d) a subvinculação anual que incide sobre a totalidade dos recursos dos Fundos possui uma finalidade que não prevalece na hipótese da liberação de uma quantia exorbitante a determinados profissionais, de uma única vez. Isto porque a subvinculação não

PGR-00563432/2018



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (DIREITOS SOCIAIS E ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL)

objetiva favorecer pessoalmente os profissionais do magistério, mas colaborar com a implementação e manutenção de uma política voltada à sua valorização. Assim, a aplicação dos recursos dos precatórios em outras ações de manutenção e desenvolvimento do ensino inscreve-se de maneira muito mais pertinente com propósito que se encontra presente no arcabouço legal que objetiva assegurar valorização a esses profissionais do magistério.

26. **CONSIDERANDO**, que se encontra em vigor o Plano Nacional de Educação - PNE, no qual foram previstas 20 metas desdobradas em 254 estratégias para garantir acesso e qualidade à Educação e a seus profissionais, que encontra correspondência nos Estados e Municípios em seus Planos decenais de Educação – PEE e PMEs, cujas ações para sua concretização devem ocupar a agenda de prioridades dos entes federativos.

27. **CONSIDERANDO**, por fim, que a 1ª Seção do STJ, em 10/10/2018, no julgamento do REsp 1703697/PE, decidiu que não pode haver destaque para pagamento de honorários advocatícios nos precatórios do FUNDEF;

RESOLVEM RECOMENDAR

Aos Excelentíssimos Senhores Prefeitos e demais gestores dos recursos da educação dos municípios que figurem como credores dos valores complementares do FUNDEF pagos pela União (seja por força da ACP nº 1999.61.00.050616-0, seja com amparo em qualquer outra ação judicial), que

a) ABSTENHAM-SE de contratar escritório de advocacia para prestação de serviços visando ao recebimento dos valores decorrentes de diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMMA), previsto na Lei do FUNDEF (Lei n.º 9.424/96), por inexigibilidade de licitação, prevendo pagamento dos honorários contratuais com cláusula de risco ou vinculando o pagamento dos honorários contratuais a qualquer percentual dos recursos a serem recebidos a esse título;

b) SUSPENDAM os pagamentos a escritório de advocacia caso tenha sido contratado para tal finalidade com a consequente **anulação** da relação contratual e **assunção**,



PGR-00563432/2018

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (DIREITOS SOCIAIS E ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL)

pela Procuradoria Municipal (ou por quem execute a função) da causa, englobando a atuação extrajudicial e /ou judicial;

c) **ADOTEM** as medidas judiciais cabíveis para reaver os valores eventualmente pagos indevidamente a tal título;

d) **APLIQUEM** os valores (recebidos ou a receber), de forma integral, em ações de educação, conforme **Plano de Ação Estratégico** elaborado pelo Município e em consonância com as metas e estratégias previstas no seu Plano Municipal de Educação, a fim de garantir que os recursos da educação, oriundos das diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), sejam aplicados exclusivamente em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública;

e) **ABSTENHAM-SE** de praticar a subvinculação prevista no art. 22, da Lei nº 11.494/2007, na utilização dos recursos recebidos ou a serem recebidos em decorrência de diferenças do FUNDEF;

Encaminhe-se a presente Recomendação ao Prefeito do Município de ~~XXXXXX~~ que deverá informar ao Ministério Público, no prazo de 30 (trinta) dias, as medidas adotadas ou a serem adotadas.

As redes formadas em cada um dos Estados da Federação inicialmente identificados, compostas por órgãos de controle, dentre eles, o Ministério Público, adotarão as providências necessárias ao acompanhamento do cumprimento da presente recomendação.

Brasília, 15 de outubro de 2018.

Ministério Público Federal em Alagoas
 Ministério Público de Alagoas
 Ministério Público de Contas em Alagoas

Ministério Público Federal na Bahia
 Ministério Público da Bahia
 Ministério Público de Contas da Bahia

Ministério Público Federal em Goiás
 Ministério Público de Goiás
 Ministério Público de Contas de Goiás

Ministério Público Federal em Mato Grosso
 Ministério Público de Mato Grosso
 Ministério Público de Contas de Mato Grosso

Ministério Público Federal em Minas Gerais
 Ministério Público de Minas Gerais
 Ministério Público de Contas de Minas Gerais

Ministério Público Federal no Amazonas
 Ministério Público do Amazonas
 Ministério Público de Contas do Amazonas

Ministério Público Federal no Ceará
 Ministério Público do Ceará
 Ministério Público de Contas do Ceará

Ministério Público Federal no Maranhão
 Ministério Público do Maranhão
 Ministério Público de Contas do Maranhão

Ministério Público Federal no Mato Grosso do Sul
 Ministério Público do Mato Grosso do Sul
 Ministério Público de Contas do Mato Grosso do Sul

Ministério Público Federal no Pará
 Ministério Público do Pará
 Ministério Público de Contas do Pará

PGR-00563432/2018



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
 1ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (DIREITOS SOCIAIS E ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL)

Ministério Público Federal na Paraíba Ministério Público da Paraíba Ministério Público de Contas da Paraíba	Ministério Público Federal em Pernambuco Ministério Público de Pernambuco Ministério Público de Contas de Pernambuco
Ministério Público Federal no Piauí Ministério Público do Piauí Ministério Público de Contas do Piauí	Ministério Público Federal no Paraná Ministério Público do Paraná Ministério Público de Contas do Paraná
Ministério Público Federal no Rio Grande do Norte Ministério Público do Rio Grande do Norte Ministério Público de Contas do Rio G. do Norte	Ministério Público Federal em Rondônia Ministério Público de Rondônia Ministério Público de Contas de Rondônia
Ministério Público Federal em Sergipe Ministério Público de Sergipe Ministério Público de Contas de Sergipe	Ministério Público Federal em Tocantins Ministério Público de Tocantins Ministério Público de Contas de Tocantins

Documento III



FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

NOTA TÉCNICA Nº 19/2018/CGFSE/DIGEF

PROCESSO Nº 23034.042470/2017-13

INTERESSADO: @INTERESSADOS_VIRGULA_ESPACO_MAIUSCULAS@

1. ASSUNTO

1.1. Ofício 0280/2018-TCU/SecexEducação, de 28/6/2018.

2. REFERÊNCIAS

2.1. Lei 9.424 de 1996.

2.2. Lei 11.494 de 2007.

2.3. TC 020.079/2018-4 - TCU.

2.4. [ACÓRDÃO 1824/2017-TCU-Plenário.](#)

2.5. [ACÓRDÃO 1962/2017-TCU-Plenário.](#)

3. SUMÁRIO EXECUTIVO

3.1. Trata-se de determinação do Tribunal de Contas da União, constante de Despacho proferido nos autos da TC 020.079/2018-4, que trata de Representação acerca de possíveis irregularidades na aplicação dos recursos provenientes de precatórios relativos ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), especialmente quanto à subvinciulação prevista no artigo 22, *caput*, da Lei 11.494/2007.

3.2. Por meio do referido Despacho, foi determinada a oitiva do Ministério da Educação, a fim de que, no prazo de 15 (quinze) dias, no exercício da competência estabelecida no artigo 30, inciso III, da Lei 11.494/2007, manifeste-se "a respeito da possibilidade da utilização de recursos provenientes de precatórios do Fundef para pagamentos de parcelas remuneratórias ordinárias, abonos indenizatórios, rateios ou passivos trabalhistas e previdenciários, além de outras questões que entender pertinentes sobre a matéria tratada nos autos".

3.3. É o que basta relatar.

4. ANÁLISE

4.1. DO FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO – FUNDEF

4.2. O Fundef, criado pela Emenda Constitucional n. 14/96 e instituído pela Lei n. 9.424/1996, foi implementado a partir de 1º de janeiro de 1998, em cada Estado e no Distrito Federal, e compõem-se do concurso de 15% das seguintes fontes de recurso (art.1º): a) da parcela do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, devida ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios; b) do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE; c) do Fundo de Participação dos Municípios - FPM. d) da parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI devida aos Estados e ao Distrito Federal.

4.3. Nos termos do art. 7º da Lei 9.424 de 1996, que ora se encontra revogado, os recursos do Fundef, incluída a complementação da União, quando esta se fazia necessária, deveriam ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, assegurados, pelo menos, 60% (sessenta por cento) para a remuneração dos profissionais do Magistério, em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental público.

4.4. O Fundef teve sua vigência encerrada em 31 de dezembro de 2006.

4.5. Após o encerramento da vigência do Fundef, passou a vigorar, com a publicação da Emenda Constitucional nº 53/2006, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, regulamentado pela Lei 11.494 de 2007 (Lei do Fundeb). Com o início da vigência do Fundeb, mecanismo de ampla distribuição de recursos vinculados à educação básica no país, houve ampliação no universo de beneficiários dos recursos, do percentual de vinculação de receitas, de 15 para 20%, e do universo de fontes de receitas vinculadas ao Fundo, por força do disposto no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, in verbis:

Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006). (Vide Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (Vide Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

I - a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

II - os Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas a e b do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

III - observadas as garantias estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 208 da Constituição Federal e as metas de universalização da educação básica estabelecidas no Plano Nacional de Educação, a lei disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

a) a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, as diferenças e as ponderações quanto ao valor anual por aluno entre etapas e modalidades da educação básica e tipos de estabelecimento de ensino; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

b) a forma de cálculo do valor anual mínimo por aluno; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

c) os percentuais máximos de apropriação dos recursos dos Fundos pelas diversas etapas e modalidades da educação básica, observados os arts. 208 e 214 da Constituição Federal, bem como as metas do Plano Nacional de Educação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

d) a fiscalização e o controle dos Fundos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

e) prazo para fixar, em lei específica, piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

IV - os recursos recebidos à conta dos Fundos instituídos nos termos do inciso I do

caput deste artigo serão aplicados pelos Estados e Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

V - a União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o inciso II do caput deste artigo sempre que, no Distrito Federal e em cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado em observância ao disposto no inciso VII do caput deste artigo, vedada a utilização dos recursos a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

VI - até 10% (dez por cento) da complementação da União prevista no inciso V do caput deste artigo poderá ser distribuída para os Fundos por meio de programas direcionados para a melhoria da qualidade da educação, na forma da lei a que se refere o inciso III do caput deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

4.6. DA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DE PRECATÓRIOS ORIUNDOS DE AÇÕES RELACIONADAS AO FUNDEF

4.6.1. De acordo com o entendimento técnico edificado à luz do ordenamento jurídico vigente, a aplicação dos recursos públicos destinados à educação, no âmbito dos municípios, deve se pautar no que estabelece o § 2º, art. 211 da Constituição Federal e os arts. 11, 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), a seguir transcritos:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

“Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

(...)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”.

Lei nº 9.394/1996

“Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

(...)

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

(...)

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.

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas

realizadas com:

I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;

II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;

III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;

IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;

V - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;

VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino."

4.6.2. Considerando, ainda, que o Fundef foi substituído, a partir de 2007, pelo atual Fundeb, tem-se que **os valores recebidos pela municipalidade, em face de decisão judicial que culminou no crédito de significativa monta de recursos financeiros originários do extinto Fundef, devem ser aplicados, salvo melhor juízo, levando-se em consideração as orientações legais vigentes**, acima delineadas, que disciplinam o direcionamento dos recursos vinculados à educação básica a cargo dos municípios. Não parece ser outro, pois, o entendimento que tem sido observado em decisões judiciais pertinentes ao assunto.

4.6.3. Com essas considerações, passa-se à manifestação quanto aos pontos especificamente questionados por meio do Despacho.

4.7. DO PAGAMENTO DE PARCELAS REMUNERATÓRIAS ORDINÁRIAS E DEMAIS ENCARGOS SOCIAIS

4.7.1. Sob a perspectiva técnica, para fins de utilização dos recursos do Fundeb, compreende-se que a remuneração é constituída pelo somatório de todos os pagamentos devidos (salário ou vencimento, 13º salário, 13º salário proporcional, 1/3 de adicional de férias, férias vencidas, proporcionais ou antecipadas, gratificações, horas extras, aviso prévio, gratificações ou retribuições pelo exercício de cargos ou função de direção ou chefia, salário família, etc).

4.7.2. Assim, por força do disposto no art. 70, inciso I, da Lei 9.394 de 1996, supratranscrito, não se verifica, sob a perspectiva técnica, óbces à utilização dos recursos dos precatórios judiciais do Fundef para pagamento de parcelas remuneratórias ordinárias e demais encargos sociais.

4.8. DO PAGAMENTO DE ABONOS INDENIZATÓRIOS, RATEIOS E PASSIVOS TRABALHISTAS

4.8.1. A utilização dos recursos dos precatórios do Fundef, especificamente, para pagamento de abonos indenizatórios e rateios, assim como a de passivos trabalhistas, não se encontra no rol das situações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino previstas na Lei 9.394 de 1996.

4.8.2. Sob a perspectiva técnica, conquanto o referido rol não pretenda ser exaustivo, entende-se que a essência da norma, notadamente no que diz respeito à dimensão teleológica da definição do que vem a ser as ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), encontra-se no *caput* do artigo em comento, o qual se refere àquelas ações realizadas **“com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis”**.

4.8.3. Nesse seara, sob a perspectiva exclusivamente técnica, o pagamento de abonos

indenizatórios, rateios e passivos trabalhistas não se configuram, *s.m.j.*, como ação de manutenção e desenvolvimento do ensino, visto que não parece, *a priori*, contribuir para a consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais.

4.8.4. Com efeito, no âmbito dos recursos ordinários do atual Fundeb verifica-se a ocorrência dos abonos (ou "rateios"). Na interpretação técnica conferida à utilização dos recursos do Fundeb, estes podem ser realizados quando se verifica a ocorrência de "sobras" nos recursos anuais do Fundeb e, simultaneamente, constata-se que o total da remuneração do conjunto dos profissionais do magistério da educação básica ao longo do exercício não alcançou o mínimo exigido de 60% do Fundeb.

4.8.5. A orientação técnica é de que esse tipo de pagamento deve ser adotado em caráter provisório e excepcional, apenas nessas situações especiais e eventuais, visto que a ocorrência de "sobras" significativas de recursos dos 60% do Fundeb no final de cada exercício, de modo recorrente, pode representar a necessidade de revisão ou atualização do Plano de Carreira e Remuneração do Magistério, de forma a absorver, sem sobras, os 60% do Fundo no pagamento da remuneração, sem a necessidade de uso de pagamentos sob a forma de abonos.

4.8.6. Todavia, em que pese ao posicionamento relacionado ao não enquadramento do pagamento de abonos indenizatórios, rateios e passivos trabalhistas, não se pode ignorar a evidência de que, a julgar pelo disposto no art. 211 da Constituição Federal de 1988 c/c art. 69, § 5º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a gestão dos recursos da Educação compete aos órgãos responsáveis pela Educação no âmbito dos respectivos entes governamentais.

4.8.7. Sendo assim, **em virtude da necessidade de se proceder à hermenêutica de dispositivos constitucionais e legais, sugere-se a manifestação da PROFE/FNDE**, subsidiada pelas considerações constantes da presente Nota Técnica, acerca desse ponto.

4.9. **DA NÃO OBRIGATORIEDADE DA SUBVINCULAÇÃO DO PERCENTUAL DE 60% À REMUNERAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO**

4.9.1. Sobre este ponto, esta equipe técnica já se manifestou, de forma aprofundada, no âmbito da Nota Técnica nº 12/2018 (anexa).

4.9.2. Inobstante o exposto, reite-re o entendimento técnico de que:

a) o objetivo dos preceitos constitucionais e legais que vinculam 60% dos recursos dos Fundos (Fundef e Fundeb) à remuneração dos profissionais do magistério público da educação básica é, precipuamente, direcionar recursos que auxiliem na criação e implementação dos planos de carreira e no cumprimento do piso salarial do magistério, visando garantir a esses profissionais uma melhor formação e condições de trabalho que estimulem o ingresso e permanência na carreira;

b) tais políticas devem ser continuamente formuladas e implementadas, de forma que as medidas requeridas à efetiva concretização sejam permanentemente revistas e atualizadas, sem provocar sobressaltos e perturbações desmedidas, que fujam à normalidade e à razoabilidade que deve pautar o planejamento e a ação dos entes governamentais, o que não justifica, entretantes, a liberação pontual de significativa quantia de recursos, no caso oriunda dos precatórios;

c) o pagamento de significativa quantia remuneratória aos profissionais do magistério de uma só vez, por ocasião da liberação de recursos dos precatórios, não se inscreve e não atende às políticas de valorização do magistério público da educação básica, mas, de modo contrário, representa momentâneo e desproporcional pagamento, em valores totalmente

desconectados das reais possibilidades de garantia e permanência do nível remuneratório que representam, rompendo, dessa forma, com os princípios da continuidade que deve nortear as políticas de valorização dos profissionais do magistério e da irredutibilidade de salário, que se encontra esculpido no art. 7º, VI, da CF/88.

d) a subvinculação anual que incide sobre a totalidade dos recursos dos Fundos possui uma finalidade que não prevalece na hipótese da liberação de uma quantia exorbitante a determinados profissionais, de uma única vez. Isto porque a subvinculação não objetiva favorecer pessoalmente os profissionais do magistério, mas colaborar com a implementação e manutenção de uma política voltada à sua valorização. Assim, a aplicação dos recursos dos precatórios em outras ações de manutenção e desenvolvimento do ensino inscreve-se de maneira muito mais pertinente com propósito que se encontra presente no arcabouço legal que objetiva assegurar valorização a esses profissionais do magistério.

4.9.3. Reitere-se que o presente entendimento não pretende oferecer óbice aos direitos que alcançam os profissionais do magistério público da educação básica, tampouco ir de encontro aos preceitos que asseguram a sua valorização, cuja importância, no âmbito das políticas públicas educacionais, é inafastável. Mas, tão somente, objetiva buscar coerência diante da situação que se instaura quando se trata de recursos provenientes de precatórios judiciais, especialmente em virtude de seus elevados valores, que, quando liberados simultaneamente em favor de determinados profissionais, não possuem o condão de acompanhar o fluxo regular e contínuo que deve pautar o planejamento e a ação dos entes governamentais, na manutenção dos planos de carreira e no cumprimento do piso, de modo a concretizar e atender ao propósito de promover a valorização dos profissionais do magistério.

5. DOCUMENTOS RELACIONADOS

5.1. NOTA TÉCNICA Nº 12/2017/CGFSE/DIGEF.

6. CONCLUSÃO

6.1. Com essas considerações, encaminhe-se a presente Nota Técnica à PROFE/FNDE, para conhecimento, convalidação ou refutação da manifestação desta área técnica, para posterior oferecimento de resposta ao Tribunal de Contas da União.

Sylvia Cristina Toledo Gouveia

Coordenadora - COPEF

Annelise Ragone de Mattos

Coordenadora-Geral

Pedro Antonio Estrella Pedrosa

Diretor

6.2.



Documento assinado eletronicamente por SYLVIA CRISTINA TOLEDO GOUVEIA, Coordenador(a) de Operacionalização do Fundeb, em 23/07/2018, às 16:01, conforme horário oficial de Brasília, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da ICP-Brasil, com fundamento no art. 6º, caput e § 1º, do Decreto nº 8.539, de



8 de outubro de 2015, embasado no art. 9º, §§ 1º e 2º, da Portaria MEC nº 1.042, de 5 de novembro de 2015, respaldado no art. 9º, §§ 1º e 2º, da Portaria/FNDE nº 83, de 29 de fevereiro de 2016.



Documento assinado eletronicamente por **ANNELISE RAGONE DE MATTOS, Coordenador(a)-Geral da CGFSE**, em 23/07/2018, às 16:15, conforme horário oficial de Brasília, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da ICP-Brasil, com fundamento no art. 6º, caput e § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015, embasado no art. 9º, §§ 1º e 2º, da Portaria MEC nº 1.042, de 5 de novembro de 2015, respaldado no art. 9º, §§ 1º e 2º, da Portaria/FNDE nº 83, de 29 de fevereiro de 2016.



Documento assinado eletronicamente por **PEDRO ANTONIO ESTRELLA PEDROSA, Diretor(a) de Gestão de Fundos e Benefícios**, em 23/07/2018, às 19:13, conforme horário oficial de Brasília, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da ICP-Brasil, com fundamento no art. 6º, caput e § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015, embasado no art. 9º, §§ 1º e 2º, da Portaria MEC nº 1.042, de 5 de novembro de 2015, respaldado no art. 9º, §§ 1º e 2º, da Portaria/FNDE nº 83, de 29 de fevereiro de 2016.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.fn.de.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0974040** e o código CRC **E1B5794B**.

Referência: Processo nº 23034.042470/2017 13

SEI nº 0974040

Documento IV**NOTA TÉCNICA CNPG Nº 25, DE 20 DE SETEMBRO DE 2018.**

Ementa: Alinhamento ao planejamento estratégico nacional (CNMP). Prioridade na atuação preventiva e resolutive do Ministério Público brasileiro. Proteção do patrimônio público educacional. Vinculação da utilização das verbas do FUNDEF unicamente na Educação. Garantia de uma educação de qualidade. Impossibilidade de pagamento de remuneração dos profissionais da educação (subvinculação) com recurso de caráter excepcional. Ofensa a princípios constitucionais. Fortalecimento da Rede de Controle, mediante atuação articulada.

O CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO (CNPG), pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos – GNDH e pela Comissão Permanente de Educação (COPELUC), manifesta-se acerca dos critérios que devem ser adotados pelos gestores públicos na correta aplicação dos recursos advindos dos precatórios do FUNDEF e o faz nos seguintes termos:

O Conselho Nacional do Ministério Público, no seu planejamento (horizonte 2015-2019) elegeu como **objetivo estratégico** a ser buscado por todas as unidades dos Ministérios Públicos brasileiros, **assegurar o direito à educação, à saúde e ao trabalho digno** (ações 7 a 9).

Alinhados ao Planejamento Estratégico Nacional, as entidades signatárias, elegendem em sua atuação finalística o objetivo nº 8, qual seja, **exigir qualidade, garantir acesso e estimular a permanência na Educação** (planejamento estratégico horizonte 2016-2021).

1 DE 9



Inicialmente, já com esse desiderato, e com vistas a atuação firme e pioneira em fazer preponderar o direito material de financiamento à educação pública, no final da década de 1990, o Ministério Público Federal do Estado de São Paulo ingressou com ação civil pública postulando que a União fizesse o repasse aos estados e municípios das diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), previsto na Lei n. 9424/96, do período de 1998 a 2006. O pedido foi julgado procedente e a decisão transitou em julgado no ano de 2015.

A matéria restou pacificada somente após o Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se da técnica de julgamento de recursos repetitivos, ter fixado, no REsp 1.101.015/BA, tese em que definido o modo pelo qual deve ser interpretado o art. 6º, §1º, da Lei nº 9.424/96, para fins de cálculo do VMMA (Valor Mínimo Anual por Aluno), primordial para a constatação do valor das transferências devidas pela União ao FUNDEF: “(...) para fins de complementação pela União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental - FUNDEF (art. 60 do ADCT), com redação dada pela EC 14/96, o Valor Mínimo Anual por Aluno VMAA, de que trata o art. 6º, §1º, da Lei 9.424/96, deve ser calculado levando em conta a média nacional. (relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 02/06/2010)”.

Outros entes federados, também à época entraram com suas ações de conhecimento na Justiça Federal, com o mesmo desiderato, sendo certo que a partir do ano de 2014, os municípios brasileiros começaram a receber os precatórios do FUNDEF, Levantamento preliminar feito pelos órgãos de controle, concluiu que as verbas devidas aos municípios e estados brasileiros **superam o valor de noventa e um bilhões de reais**. No Estado do Maranhão, a título de exemplo, o valor a ser recebido pelos municípios gira em torno de **10 (dez) bilhões de reais**, os quais poderão fazer diferença na **transformação social da educação, mediante a melhora da qualidade do ambiente escolar e do ensino, criando-se novas janelas de oportunidades, notadamente com o cumprimento das metas dos Planos Nacional, Estadual e Municipais de Educação.**

Para garantir que o dinheiro do FUNDEF, referente à subestimação do VMAA, seja aplicado exclusivamente na Educação, os ramos do Ministério Público no Maranhão,

2 DE 9



em parceria com os demais integrantes da Rede de Controle da Gestão Pública, emitiram Representação conjunta dirigida ao Presidente do Tribunal de Contas da União - TCU postulando, dentre outras questões, que seja determinado aos municípios a criação de contas bancárias específicas para recebimento das quantias decorrentes das diferenças do cálculo do VMAA, que seja vedada a contratação de escritórios de advocacia em detrimento das Procuradorias Municipais, aduzindo a ilegalidade da inexigibilidade da litação e da impossibilidade de pagamento com recursos vinculados à educação.

O Tribunal de Contas da União, emitiu os Acórdãos 1824/2017 e 1962/2017 firmando os seguintes entendimentos:

- a) Competência do TCU para apreciar a vinculação dos recursos dos precatórios do FUNDEF advindos de complementação da UNIÃO. Ressalte-se que no Acórdão n.º 1962/2017 entendeu-se pela competência concorrente dos TCE's e TCU na fiscalização dos recursos do FUNDEF/FUNDEB quando houver complementação da União;
- b) Recursos provenientes dos precatórios de diferença do FUNDEF são constitucionalmente vinculados à educação e, por isso, devem ser empregados integralmente em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino;
- c) qualquer uso em área outra, inclusive para pagamento de honorários advocatícios, será considerado desvio de finalidade, acarretando consequências como instauração de Tomada de Contas Especial;
- d) A fim de garantir a rastreabilidade a esses recursos, eles devem ser depositados na conta do FUNDEB ou transferidos imediatamente para a referida conta ou para conta específica, pois não é recomendável a mistura destes recursos com os recursos ordinários do FUNDEB, pois têm regimes de aplicação diferenciados;
- e) A subvinculação de 60% dos recursos para remuneração dos profissionais da educação torna-se prejudicada: pode resultar graves implicações futuras quando exauridos tais recursos, podendo haver afronta a dispositivos constitucionais (irredutibilidade salarial, teto remuneratório e princípios da razoabilidade, proporcionalidade e economicidade);
- f) a natureza extraordinária dos recursos advindos da complementação da União obtida pela via judicial afasta a subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei

3 DE 9



11.494/2007 (ACÓRDÃO Nº 1962/2017 – TCU – Plenário)

g) a aplicação dos recursos pode ser definida em cronograma de despesas que englobe mais de um exercício financeiro.

No mesmo sentido, o ministro Walton Alencar Rodrigues, do Tribunal de Contas da União (TCU), determinou, cautelarmente, na decisão do último dia 27 de junho do corrente ano, Acórdão 1518/2018, **que todos os entes municipais e estaduais que receberam os precatórios do Fundef se abstenham de utilizar tais recursos no pagamento a profissionais do magistério ou a quaisquer outros servidores públicos, a qualquer título, seja ele remuneração, salário, abono ou rateio, até que a Corte de Contas da União decida o mérito desta e de outras questões suscitadas na representação da Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto, sob pena de responsabilização dos agentes públicos.**

No âmbito do Poder Judiciário, **ressalta-se também, por oportuno, que o Ministro Luis Roberto Barroso, na Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 35675/DF, definiu, com base nos entendimentos anteriormente firmados pelo TCU e na Nota Técnica firmada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação que “ (...) em síntese, os fundamentos elencados para obstar a aplicação do art. 22 da Lei nº 11.494/2007 foram os seguintes: (i) a norma incide tão somente sobre “recursos anuais”; (ii) dada a natureza eventual do recurso, após seu exaurimento, haveria o problema da irredutibilidade salarial; (iii) risco de ultrapassar o teto remuneratório constitucional; (iv) ofensa aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade; (v) ofensa aos artigos 15, 16 e 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal. 15. Em sede de cognição sumária, os argumentos postos acima são relevantes e possuem ampla razoabilidade, o que faz com que não esteja presente, neste momento processual, a probabilidade de existência do direito invocado pelo impetrante. É verdade que, no julgamento das ações civis ordinárias nºs 648, 660, 669 e 700, o pleno desta Corte, ao confirmar a condenação da União ao pagamento da diferença do Fundef/Fundeb, manteve a vinculação da receita à educação. Esse fato, todavia, não importa em reconhecer de forma automática que deva ser mantida a subvinculação de 60% para pagamento de remuneração dos profissionais do magistério como requer a impetrante. 16. A probabilidade do direito invocado é esvaziada, principalmente, por conta de dois argumentos. Em primeiro lugar, o art. 22 da Lei nº**

4 DE 9



11.494/2007 faz expressa menção a 60% dos "recursos anuais", sendo razoável a interpretação que exclui de seu conteúdo recursos eventuais ou extraordinários, como seriam os recursos objeto deste mandado de segurança. Em segundo lugar, a previsão legal expressa é de que os recursos sejam utilizados para o pagamento da "remuneração dos professores no magistério", não havendo qualquer previsão para a concessão de abono ou qualquer outro favorecimento pessoal momentâneo, e não valorização abrangente e continuada da categoria". (grifo nosso).

A subvinculação prevista no art. 22 da Lei n.º 11.494/2007 também foi afastada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n.º 1824/2017 e confirmada pelo Acórdão n.º 1962/2017, como já visto e a Nota Técnica 5006/2016/CGFSE/DIGEF do FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação) afirma não ser plausível, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a subvinculação dos recursos dos precatórios à remuneração dos profissionais do magistério, sendo oportuna a transcrição do seguinte fragmento da Nota Técnica:

(...) 14. O pagamento de significativa quantia remuneratória aos profissionais do magistério de uma só vez, por ocasião da liberação de recursos dos precatórios, não se inscreve e sequer atende às políticas de valorização do magistério público da educação básica, mas, de modo contrário, representa momentâneo e desproporcional pagamento, em valores totalmente desconectados das reais possibilidades de garantia e permanência do nível remuneratório que representam, rompendo, dessa forma, com os princípios da continuidade que deve nortear as políticas de valorização dos profissionais do magistério e da irredutibilidade de salário, que se encontra esculpido no art. 7º, VI, da CF/88." (Grifou-se)

Aliados aos argumentos de que o pagamento de vultosa quantia em dinheiro aos profissionais do magistério, de uma vez só, não alcançaria a finalidade da regra do art. 22 da Lei n.º 11.494/2007 de valorização abrangente e continuada da carreira do magistério, além de ferir preceitos constitucionais como o da irredutibilidade salarial e do teto remuneratório constitucional, outros fundamentos devem ser lançados para justificar o afastamento da regra.

5 DE 9



De fato, durante os anos de 1998 a 2006, diante do subfinanciamento da educação pela União, por meio do cálculo errôneo do VMAA do FUNDEF, os entes federados tiveram um déficit nos recursos da educação, de forma que os índices atuais revelam a precária situação da educação pública em nosso país. Em virtude da necessidade de pagamento dos vencimentos constantes dos planos de carreira dos profissionais do magistério, muitos municípios se viram na situação de utilização da quase totalidade dos recursos do FUNDEF para pagamento de pessoal, muito pouco sobrando para ações de manutenção do ensino.

Verifica-se que há necessidade de complementação da União ao FUNDEF, ainda se constata: a) infraestrutura precária das escolas, com escolas de taipa, sem banheiros, sem bibliotecas, salas de professor ou quadra de esporte; b) transporte escolar inseguro e indigno, como os veículos "paus de arara"; c) ausência de capacitação continuada do professor; d) ausência de acessibilidade nas escolas; e) ausência de material pedagógico adequado, entre outras impropriedades;

Convém ressaltar, ainda, que passados 4 (quatro) anos de vigência do Plano Nacional de Educação, documento que guia as diretrizes educacionais da próxima década, estipulando 20 metas desdobradas em 254 estratégias para garantir o acesso e a qualidade à Educação Básica e Superior e de seus profissionais, pelo menos oito metas têm prazos finais ou intermediários já vencidos, razão pela qual o Brasil está sendo, inclusive, pressionado internacionalmente para implementação do Plano¹.

Na Revisão Periódica Universal da ONU, 17 (dezessete) países "citaram explicitamente a necessidade de implementação do Plano Nacional de Educação (PNE) – Lei 13.005/2014. No total, 10 países realizaram recomendações para que o Brasil invista em políticas de educação, tendo inclusive afirmações que relacionam o descumprimento do PNE com as recentes políticas econômicas regressivas"². A respeito, digno de nota que a

¹ Como universalizar a Educação Infantil e o Ensino Médio.

² <http://campanha.org.br/direitos-humanos/revisao-periodica-universal-onu-17-paises-pressionam->



aprovação da Emenda Constitucional n.º 95/2016, que limita um teto de gastos para a Educação, deixou a União mais longe ainda de atingir suas metas previstas no Plano Nacional.

Ora, as metas dos Planos de Educação encerram verdadeiras obrigações de fazer ao ente federado, podendo desde logo ser exigíveis perante o Poder Judiciário, surgindo os recursos provenientes dos Precatórios do FUNDEF, vinculados que são às ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, como financiamento possível para investimentos em educação, com real possibilidade dos Municípios, e via de consequência a União, atingirem suas metas e alavancar os índices educacionais da educação pública.

A propósito, fazendo uma relação dos recursos dos precatórios do FUNDEF e a necessidade do atingimento das metas do Plano Nacional de Educação, o FNDE assim se manifestou na já citada Nota Técnica 5006/2016/CGFSE/DIGEF:

“21. Não se afigura, pois, coerente que, contrariando a legislação de regência e as metas e estratégias previstas no PNE, 60% de um montante exorbitante, que poderia ser destinado à melhoria do sistema de ensino no âmbito de uma determinada municipalidade, seja retido para favorecimento de determinados profissionais, sob pena de incorrer em peremptória desvinculação de uma parcela dos recursos que deveriam ser direcionados à educação. Isto porque a sua destinação aos profissionais do magistério, no caso das verbas de precatórios, configuraria favorecimento pessoal momentâneo, não valorização abrangente e continuada da categoria, fazendo perecer o fundamento utilizado para a subvinculação, de melhoria sustentável nos níveis remuneratórios praticados.”

Dessa forma, os recursos adicionais oriundos dos precatórios do FUNDEF devem ser vinculados intertemporalmente a um plano de cumprimento tempestivo das metas do Plano Municipal de Educação, pois a destinação de 60% desses recursos aos profissionais do magistério que trabalharam na época em nada impactará a qualidade da educação desses municípios, que passaram anos sem o investimento adequado em

brasil-sobre-a-implementacao-do-plano-nacional-de-educacao/

7 DE 9



educação.

A finalidade do FUNDEF/FUNDEB é atingir um padrão mínimo de qualidade, em termos de equidade do gasto por aluno. A adequada remuneração dos professores é um meio para tanto, não um fim em si mesmo, de forma que gastos com formação continuada dos professores e melhoria da infraestrutura das escolas impactará a qualidade da carreira do magistério e, por conseguinte, da educação, mostrando-se mais consentânea com a finalidade do FUNDEF/FUNDEB e dos Planos de Educação dos entes federados.

Como bem ressaltado pelos Procuradores do Ministério Público de Contas Flávia Gonzalez Leite e Gleydson Alexandre, *“o contexto apresentado impõe limites à discricionariedade do gestor, que deve direcionar suas ações governamentais à concretização das metas dos PNE/PEE/PME previstas para o período de 2014/2024. a interpretação sistemática dos dispositivos legais citados direciona a aplicação dos recursos dos precatórios do FUNDEF ao cumprimento de todas as obrigações de fazer constantes dos respectivos planos de educação de cada ente público, sob pena de caracterização de oferta irregular do ensino a que se refere o art. 208, §2º, da Carta Magna”*.³

Além disso, existem as metas dos planos estaduais e municipais de educação, com metas igualmente vencidas ou a vencer, dependendo de recursos financeiros para implementação, sendo o presente recurso, repisa-se de natureza extraordinária, aptos a comporem cronograma físico-financeiro, em Plano de Atuação Estratégica, fortificando as redes locais de controle para fiscalização da correta aplicação dos recursos.

Assim, no que diz respeito a destinação de, pelo menos, 60% desses valores para pagamento de remuneração de professores, também entende o Ministério Público brasileiro pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais – CNPG, pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos – GNDH e pela Comissão Permanente de Educação (COPEPUC), pela

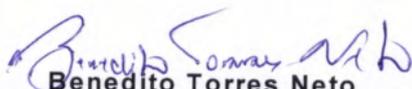
³ LEITE, Flávia Gonzalez e ALEXANDRE, Gleydson. Precatórios do FUNDEF: aplicação no cumprimento das metas do Plano Nacional de Educação. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/precatórios-do-fundef-25082018>>. Acesso em 29 de agosto de 2018.

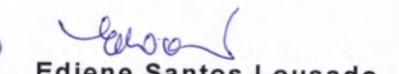
8 DE 9



impossibilidade, não havendo discricionariedade do gestor no tocante a fazer ou não este pagamento, notadamente pela natureza extraordinária dos recursos dos precatórios e pela necessidade premente de transformação social da educação pública brasileira, necessitando dotar escolas e sistemas de ensino de uma melhor infraestrutura e de investimentos que possam dar conta da melhoria da qualidade dos indicadores educacionais, incluindo a possibilidade premente de investimento na capacitação continuada dos professores, o que se traduz em investimento real na valorização dos profissionais da educação, além da necessidade de abertura de conta específica, com todos os requisitos previstos em lei para movimentação de conta pública, e elaboração de plano de atuação estratégica, elaborado participativamente, com a fortificação das entidades de controle interno local e atendendo as metas estabelecidas pelos Planos Nacional, Estadual e Municipal de Educação.

Goiânia-GO, _____ de 2018.


Benedito Torres Neto
Presidente do CNPG
Procurador-Geral de Justiça (MPGO)


Ediene Santos Lousado
Presidente do GNDH
Procuradora-Geral de Justiça (MPBA)

Rosângela Corrêa da Rosa
Coordenadora da COPELUC
Promotora de Justiça (MPRS)

Modelo I

(Consulta se o ofício tem valores a receber)

Senhor Prefeito,

Cumprimentando-o cordialmente comunico a instauração nesta Promotoria de Justiça do ICP n. XXXXXX, com o objetivo de apurar se o Município XXX recebeu ou busca receber valores referentes as diferenças do FUNDEF, em razão da subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), durante o período de 1998 a 2006, bem como verificar se esses recursos, estão sendo aplicados exclusivamente na manutenção e desenvolvimento da educação.

Sendo assim, visando a sua correta instrução, com fundamento na Lei complementar n. 75/93, solicito, no prazo de 10 (dez) dias úteis, informar:

1. o valor recebido e/ou apurado para recebimento;
2. se houve contratação de escritório de advocacia para ajuizamento de ação judicial visando o recebimento; em caso positivo encaminhar cópia do contrato firmado;
3. se a contratação ocorreu por inexigibilidade de licitação, encaminhar cópias do procedimento respectivo.

Por fim, esclareço que a falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa (Lei Complementar Federal nº 75/93, art. 8º, § 3º).

Modelo II

(Gestor Público se abstenha de contratar Escritório de Advocacia)

RECOMENDAÇÃO N.º XX/18

O **MINISTÉRIO PÚBLICO XXXX**, pelo Procurador da República *in fine* assinado, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, em especial as conferidas pelo art. 27, parágrafo único, IV, da Lei n.º 8.625/93, pelo art. 6.º, XX, da Lei Complementar Federal n.º 75/93;

CONSIDERANDO que incumbe ao Ministério Público a defesa do patrimônio público e social, da moralidade e eficiência administrativas, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, na forma dos artigos 127, *caput*, e 129, III, da Constituição da República; artigo 25, IV, “a”, da Lei n.º 8.625/93, e do art. 26, V, “a” e “b”, da Lei Complementar Estadual n.º 13/91;

CONSIDERANDO que compete ao Ministério Público, consoante o previsto no art. 27, IV da Lei Complementar Estadual nº 13/91, expedir recomendações visando ao efetivo respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover;

CONSIDERANDO que são princípios norteadores da Administração Pública e da atuação de seus respectivos gestores, a ***legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência***;

CONSIDERANDO que a administração pública deve na aquisição de bens e serviços observar e seguir os ditames da Lei nº 8.666/93;

CONSIDERANDO que, em decorrência de Ação Civil Pública promovida pela Procuradoria da República no Estado de São Paulo (autos n. 1999.61.00.050616-0), foi reconhecido, por sentença transitada em julgado, o direito de vários municípios brasileiros à complementação dos valores pagos, à época, a menor pela União, à Título de FUNDEF, referentes ao período de 1998 a 2006;

CONSIDERANDO que tais recursos já estão disponíveis através de precatórios aos estados que faziam *jus*, à época, à complementação da União, sendo

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

necessário, porém, para o seu efetivo recebimento, a simples execução da sentença em cada localidade;

CONSIDERANDO que, em alguns estados, escritórios de advocacia estão fazendo contato com as prefeituras dos municípios, com o objetivo de celebrar contrato de prestação de serviços advocatícios amparado em suposta “inexigibilidade de licitação”, pela “singularidade dos serviços prestados”, visando ao recebimento dos valores decorrentes de diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), previsto na Lei do FUNDEF (Lei n.º 9.424/96);

CONSIDERANDO que uma possível contratação envolverá milhões de reais, podendo prever, como pagamento pela prestação dos serviços, a título *ad exitum*, honorários advocatícios que igualmente atingirão a cifra de milhões de reais, incorrendo assim em tripla ilegalidade: 1ª) a primeira concernente à contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, contrariando a regra de realização de concurso público para contratação de procurador do ente público interessado, bem como a previsão de que a contratação por inexigibilidade é medida excepcionalíssima, que deve ocorrer quando configurada e comprovada a necessidade de serviços de profissional de notória especialização, nos termos do art. 25, II, § 1º, da Lei 8666/93; 2) a segunda refere-se à celebração de contrato de risco que não estabelece preço certo na contratação e que vincula a remuneração do contratado a um percentual sobre o crédito a ser auferido, em desacordo com os arts. 5º, 6º, VIII e 55, III e V, da Lei n. 8.666/93, e 3) a terceira relacionada à previsão de pagamento do contratado com recursos que possuem destinação vinculada à manutenção e desenvolvimento da educação de qualidade;

CONSIDERANDO que o art. 55, incisos III e V, da Lei 8.666/93, prevê que é cláusula essencial no contrato administrativo aquela que **estabelece e define o preço** (valor líquido a ser pago), bem como o **crédito pelo qual correrá a despesa**, não se admitindo pois um contrato cujo valor é desconhecido e depende de fatores aleatórios, como o êxito ou não na demanda;

CONSIDERANDO que já se encontra sedimentado na jurisprudência dos Tribunais de Contas (Consulta n. 7458/2011-TCE/MA, Decisão PL TCE n. 100/2012, e Prejulgado nº 1199 do TCE/SC) o entendimento de que somente é admissível o contrato de risco (*ad exitum*) na Administração pública na hipótese em que o poder público não desembolse qualquer valor, devendo, a remuneração do contratado, abranger

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

exclusivamente **honorários pela sucumbência** devidos pela parte vencida, nos montantes determinados em juízo;

CONSIDERANDO que o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, atualmente substituído pelo Fundo de Manutenção e desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos profissionais da educação – FUNDEB, foi instituído pela Emenda Constitucional n. 14/96, que deu nova redação ao art. 60 do ADCT, como um fundo de natureza contábil (§ 1º do art. 60), que assegurava aos Estados e Municípios o repasse automático de seus recursos, de acordo com os coeficientes de distribuição previamente estabelecidos e publicados;

CONSIDERANDO ainda que a Lei n.º 9.424/96, que regulamentou o art. 60 do ADCT, definiu mais ainda os contornos do FUNDEF, disciplinando a organização do Fundo, determinou expressamente que seus recursos fossem **obrigatoriamente aplicados** na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério;

CONSIDERANDO o disposto no art. 8º, **parágrafo único, da LC 101/2000, segundo o qual “Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”;**

CONSIDERANDO que eventual contrato celebrado nesses moldes é, além de ilegal, lesivo ao patrimônio público e ao patrimônio educacional dos estudantes, por prever honorários contratuais incompatíveis com o alto valor e a inexistente complexidade da causa, que trata de matéria exclusivamente de direito, já pacificada no âmbito dos Tribunais superiores;

CONSIDERANDO ainda, que não se reconhece no caso a “singularidade” da matéria, a carecer de serviços jurídicos especializados que justifiquem a contratação via inexigibilidade de licitação, vez que vários escritórios de advocacia no país têm ajuizado sobreditas ações, de idêntico conteúdo, a grande parte limitando-se ao cumprimento de sentença proferida na referida ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, Processo nº 1999.61.00.05.0616-0;

CONSIDERANDO pois, que destinar recursos públicos vinculados à educação ao pagamento de serviços de advocacia contratados sem o devido processo licitatório, ou seja, sem a necessária competitividade que garanta a higidez do preço

pactuado, sem margem de dúvida **malferir os postulados legais e constitucionais acima explicitados, além de causar grave prejuízo ao erário municipal;**

CONSIDERANDO também, que a contratação de profissionais de advocacia sem vínculo empregatício com a entidade pública contratante somente deve ocorrer via **processo licitatório**, e ainda assim em situações raras, pois a regra deve ser a realização de concurso público para contratação de procurador do ente público interessado. Apenas em casos excepcionalíssimos, caso se configure e comprove a necessidade de serviços de profissional de **notória especialização**, a contratação poderá ser efetuada por inexigibilidade, nos termos do art. 25, II, § 1º, da Lei n.º 8.666/93;

CONSIDERANDO ademais, que os honorários advocatícios objeto desses contratos não podem ser remunerados com recursos do FUNDEF/FUNDEB, por tratar-se estes de recursos de aplicação vinculada à melhoria da qualidade da educação, consoante exigência da Lei 9.424/96, bem como art. 60 do ADCT;

CONSIDERANDO por fim, recente Acórdão do Tribunal de Contas da União – TCU firmando, em resumo, os seguintes entendimentos:

- a) que os recursos federais provenientes da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef e ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Básico e de Valorização do Magistério – Fundeb, **ainda que oriundos de sentença judicial**, devem ser recolhidos integralmente à conta bancária do FUNDEB, a fim de garantir-lhes a finalidade e a rastreabilidade;
- b) que sua utilização seja exclusiva na destinação previstas na lei e na Constituição;
- c) que sua utilização fora da destinação legal implica na imediata necessidade de recomposição do erário, ensejando a responsabilidade do gestor que deu causa ao desvio;
- d) que a destinação desses valores para o pagamento de honorários advocatícios é ilegal e inconstitucional.

RECOMENDA ao Excelentíssimo Senhor Prefeito e demais gestores dos recursos da educação dos municípios que figurem como credores dos valores

complementares do FUNDEF pagos pela União (seja por força da ACP nº 1999.61.00.050616-0, seja com amparo em qualquer outra ação judicial), que :

a) ABSTENHA-SE de contratar escritório de advocacia para prestação de serviços visando ao recebimento dos valores decorrentes de diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), previsto na Lei do FUNDEF (Lei n.º 9.424/96), por inexigibilidade de licitação, prevendo pagamento dos honorários contratuais com cláusula de risco e vinculando o pagamento dos honorários contratuais a qualquer percentual dos recursos a serem recebidos a esse título;

b) BUSQUE o recebimento de tais verbas por meio de sua Procuradoria Municipal, em face de se tratar de mero cumprimento da sentença proferida nos autos da ACP n. 1999.61.00.05.0616-0, proferida pelo Juízo Federal da Seção Judiciária de São Paulo;

c) a partir do recebimento da presente Recomendação, informe a esta Procuradoria se já recebeu precatórios referentes a diferenças da complementação federal do FUNDEF, bem como a destinação que lhes foi dada; e ainda que todos os recursos recebidos ou a receber a esse título tenham sua aplicação vinculada a ações em educação, mediante conta específica a ser aberta para tal finalidade;

Encaminhe-se a presente Recomendação ao Prefeito do Município de XXXXX que deverá informar a este Órgão do Ministério Público Federal, no prazo de 30 (trinta) dias, as medidas adotadas ou a serem adotadas,

Em caso de não acatamento desta **RECOMENDAÇÃO**, o Ministério Público informa que adotará as medidas legais necessárias a fim de assegurar a sua implementação, inclusive através do ajuizamento da ação civil pública cabível e por improbidade administrativa.

Encaminhe-se cópias para cada um dos Vereadores de XXXXX, para conhecimento e acompanhamento.

Publique-se.

XXXXXX, de 2018.

Modelo III

(Termo de Ajustamento de Conduta - TAC)

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Termo de Compromisso de Ajustamento de conduta firmado pelo Município de XXXXXXXX e o Ministério Público para destinação exclusivamente na área da educação dos recursos recebidos da União a título da diferença do valor mínimo anual por aluno do FUNDEF em decorrência de ação judicial.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL por meio do Procurador da República *in fine* assinado, o MUNICÍPIO DE XXXXXXXX, pessoa jurídica de direito público interno, CNPJ n.º XXXXXXXX, com sede na XXXXXXXX, representado pelo Prefeito XXXXXXXX, inscrito no CPF sob o n.º XXXXXX, residente e domiciliado na Rua XXXXXXXX, devidamente acompanhado pelo Procurador do Município, Dr. XXXXXXXX, OAB/MA XXXX, e o Secretário de Educação, Sr. XXXXXXXX, com fulcro no art. 5º, § 6º da Lei n.º 7.347/85, assinam o presente **TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**, mediante as seguintes cláusulas e condições, a saber:

CONSIDERANDO que é atribuição do Ministério Público, por determinação constitucional, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dentre os quais se insere o direito à educação, devendo zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art. 127 e 129, inciso II, da CF; art. 6º, inciso IV, da Lei Complementar n.º. 25/98);

CONSIDERANDO que é dever do Administrador Público a observância aos princípios administrativos insertos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, mormente o da moralidade e legalidade administrativas;

CONSIDERANDO que a atuação em conformidade com esses princípios guia o administrador público para a realização do bem comum;

CONSIDERANDO o art. 5º, *caput*, c/c o art. 6º, ambos da Constituição da República, que garantem a todos os indivíduos o direito à educação;

CONSIDERANDO que as ações e serviços de educação são de relevância pública, sendo função institucional do Ministério Público zelar pelo seu efetivo respeito, devendo tomar todas as medidas judiciais ou extrajudiciais, necessárias para preservá-los (art. 129, II e III c/c art. 197, CF e art. 5º, V, alínea "a", da Lei Complementar nº 75/93);

CONSIDERANDO que o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, atualmente substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, foi instituído pela Emenda Constitucional n. 14/96, que deu nova redação ao art. 60 do ADCT, como um fundo de natureza contábil (§ 1º do art. 60), que assegurava aos Estados e Municípios o repasse automático de seus recursos, de acordo com os coeficientes de distribuição previamente estabelecidos e publicados;

CONSIDERANDO ainda que a Lei n. 9.424/96, que regulamentou o art. 60 do ADCT, definiu mais ainda os contornos do FUNDEF, disciplinando a organização do Fundo e determinando expressamente que seus recursos fossem **obrigatoriamente aplicados** na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério;

CONSIDERANDO o disposto no art. 8º, parágrafo único, da LC 101/2000, segundo o qual ***“Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”***;

CONSIDERANDO que o Município de XXXXXXXX receberá o precatório n.º XXXXXXXXX oriundo da ação originária n.º XXXXXXXX(**vide tabela em anexo**), no valor de R\$ XX, referentes à condenação da União em repassar ao referido Município os valores que deixaram de ser complementados quando dos repasses dos recursos do extinto FUNDEF a título de valor mínimo anual por aluno;

CONSIDERANDO que os recursos provenientes dessa condenação provém de repasses insuficientes feitos, no passado, pela União na conta vinculada do FUNDEF, devendo, por imperativo lógico e jurídico, tendo em vista a própria finalidade do FUNDEF, terem sua aplicação vinculada à educação.;

CONSIDERANDO pois, que os valores a serem recebidos pelo Município, via precatório, devem ser revertidos em sua totalidade às ações de educação constitucional e infraconstitucionalmente previstas, não havendo espaço para discricionariedade na decisão do gestor de agir de forma diversa;

CONSIDERANDO a situação da educação do Município XXXXX, que apresenta grandes problemas a serem solucionados na área, constatados **a partir da execução do projeto MPEDUC, bem como diante da situação do transporte escolar na municipalidade, evidenciada pela auditoria realizada pela CGU/MPE (o promotor pode colocar alguma questão específica de seu Município)**, revelando a necessidade de investimento na educação do município;

O MUNICÍPIO DE XXXXXXXXCOMPROMETE-SE A:

CLÁUSULA PRIMEIRA: a abrir conta específica para depósito do valor de R\$ **XXXX**, recebido a título de repasse da união do VMAA, passível de controle e acompanhamento por meio do convênio BB/RPG (Repasse de Recursos de Projeto de Governo) para fins de aplicação do recursos exclusivamente na área da educação;

CLÁUSULA SEGUNDA: o Município se compromete a cumprir o Decreto nº 7.507/11, adotando os seguintes procedimentos:

- a) manter os recursos recebidos a título de VMAA na conta específica citada na cláusula primeira, aberta no Banco do Brasil;
- b) movimentar os recursos desta conta exclusivamente por meio eletrônico, mediante crédito em conta corrente de titularidade dos fornecedores e prestadores de serviços devidamente identificados, salvo exceções previstas no Decreto nº 7.507/11;
- c) não transferir os recursos desta conta para outras contas de titularidade do Município.

CLÁUSULA TERCEIRA: Compromete-se o Município de XXXXXXX a, com os recursos recebidos a título de VMAA:

a) adquirir XX ônibus escolares com tração, seguindo o cronograma a seguir: 03 (três) veículos até 30/09/2017; 03(três) veículos até 30/03/2018 e 03 (três) veículos até 30/09/2018; **(APENAS SUGESTÃO. VERIFICAR OS PROBLEMAS LOCAIS)**

b) adequar a estrutura física das escolas XXXXXXXX, de forma que referidas escolas possuam estrutura básica, com salas de alvenaria, banheiros e bebedouros adequados, entre outros requisitos, seguindo o seguinte cronograma: **(APENAS SUGESTÃO :A SER APRESENTADO PELO GESTOR;**

CLÁUSULA QUARTA: As cláusulas e condições estabelecidas no presente instrumento constituem obrigação de fazer, e o descumprimento de qualquer uma delas ensejará o pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada uma das cláusulas em caso de descumprimento, que incidirá no patrimônio pessoal do Prefeito Municipal, o qual é responsável pelo fiel cumprimento das cláusulas avençadas, devendo ser revertido ao **Fundo Estadual de Proteção dos Direitos Difusos, instituído pela Lei xxxxx**

CLÁUSULA QUINTA: fica eleito o foro da Comarca de XXXXXX para dirimir as questões relativas ao presente Termo de Ajustamento de Conduta.

E por estarem juntos e acordados, firmam o presente termo, para que produza seus jurídicos e legais efeitos.

XXXXXX, de 2018.

XXXXXXXXXX
Promotor de Justiça

XXXXXXXXXX
Prefeito Municipal

XXXXXXXXXX
Secretário de Educação

XXXXXX

OAB/MA XXX – Procurador do Município

Modelo IV

(Recomendação para anulação do Contrato)

RECOMENDAÇÃO N.º XX/18

O **MINISTÉRIO PÚBLICO XXXXX**, por seu **XXXXXX** *in fine* assinado, titular da Promotoria de Justiça de XXXXXXX, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, em especial as conferidas pelo art. 27, parágrafo único, IV, da Lei n.º 8.625/93, pelo art. 6.º, XX, da Lei Complementar Federal n.º 75/93;

CONSIDERANDO que incumbe ao Ministério Público a defesa do patrimônio público e social, da moralidade e eficiência administrativas, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, na forma dos artigos 127, *caput*, e 129, III, da Constituição da República; artigo 25, IV, “a”, da Lei n.º 8.625/93, e do art. 26, V, “a” e “b”, da Lei Complementar Estadual n.º 13/91;

CONSIDERANDO que compete ao Ministério Público, consoante o previsto no art. 27, IV da Lei Complementar Estadual n.º 13/91, expedir recomendações visando ao efetivo respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover;

CONSIDERANDO que são princípios norteadores da Administração Pública e da atuação de seus respectivos gestores, a ***legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência***;

CONSIDERANDO que a administração pública deve na aquisição de bens e serviços observar e seguir os ditames da Lei n.º 8.666/93;

CONSIDERANDO que o art. 55, incisos III e V, da Lei 8.666/93, prevê que é cláusula essencial no contrato administrativo a que **estabelece e define o preço** (é dizer, o valor líquido a ser pago), bem como o **crédito pelo qual correrá a despesa**. Assim, nos contratos em que a Administração Pública tenha de despender recursos, o preço tem de ser certo e preestabelecido, não se admitindo um contrato cujo valor é desconhecido e depende de fatores aleatórios, como o êxito ou não na demanda;

CONSIDERANDO que já se encontra sedimentado na jurisprudência dos Tribunais de Contas (Consulta n. 7458/2011-TCE/MA, Decisão PL TCE n. 100/2012, e

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

Prejulgado nº 1199 do TCE/SC) o entendimento de que somente é admissível o contrato de risco (*ad exitum*) na Administração pública quando o poder público não gasta qualquer valor, sendo a remuneração do contratado exclusivamente os **honorários pela sucumbência** devidos pela parte vencida, nos montantes determinados em juízo;

CONSIDERANDO que o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, atualmente substituído pelo Fundo de Manutenção e desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos profissionais da educação – FUNDEB, foi instituído pela Emenda Constitucional n. 14/96, que deu nova redação ao art. 60 do ADCT, como um fundo de natureza contábil (§ 1º do art. 60), que assegurava aos Estados e Municípios o repasse automático de seus recursos, de acordo com os coeficientes de distribuição previamente estabelecidos e publicados;

CONSIDERANDO ainda que a Lei n.º 9.424/96, que regulamentou o art. 60 do ADCT, definiu mais ainda os contornos do FUNDEF, disciplinando a organização do Fundo, determinou expressamente que seus recursos fossem **obrigatoriamente aplicados** na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério;

CONSIDERANDO o disposto no art. 8º, **parágrafo único, da LC 101/2000, segundo o qual “Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”;**

CONSIDERANDO, todavia, que o Município de **XXXXXXXX**, consoante **extrato publicado no Diário Oficial do Estado do dia XXXXX, pág XX**, firmou com o escritório de advocacia JOÃO AZEDO E BRASILEIRO SOCIEDADE DE ADVOGADOS, inscrito no CNPJ sob o número 05.500.356/0001-08, decorrente de **processo de inexigibilidade de licitação não identificado, Contrato de prestação de serviços advocatícios**, que tem por objeto a prestação de serviços visando o recebimento dos valores decorrentes de diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), previsto na Lei do FUNDEF (Lei n.º 9.424/96);

CONSIDERANDO que a contratação em epígrafe **envolve milhões de reais** e prevê, como pagamento pela prestação dos serviços, a título *ad exitum*, que o valor dos honorários advocatícios será a quantia correspondente a 20% (vinte por cento) do montante auferido com a execução do objeto do contrato, a ser pago no momento que o Município perceber o crédito, chegando também à cifra de milhões de reais, incorrendo

assim em **tripla ilegalidade**: 1^a) a primeira concernente à contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, contrariando a regra de realização de concurso público para contratação de procurador do ente público interessado, bem como a previsão de que a contratação por inexigibilidade é medida excepcionalíssima, que deve ocorrer quando configurada e comprovada a necessidade de serviços de profissional de **notória especialização**, nos termos do art. 25, II, § 1º, da Lei 8666/93; **2**) a segunda refere-se à celebração de contrato de risco que não estabelece preço certo na contratação e que vincula a remuneração do contratado a um percentual sobre o crédito a ser auferido, em desacordo com os arts. 5º, 6º, VIII e 55, III e V, da Lei n. 8.666/93, e **3**) a terceira relacionada à previsão de pagamento do contratado com recursos que possuem destinação vinculada à manutenção e desenvolvimento da educação de qualidade;

CONSIDERANDO que o contrato celebrado nestes moldes é, além de ilegal, lesivo ao patrimônio público e ao patrimônio educacional dos alunos maranhenses, por prever honorários contratuais incompatíveis com o alto valor e a inexistente complexidade da causa, que trata de matéria exclusivamente de direito, já pacificada no âmbito dos Tribunais superiores. Além disso, não se reconhece no caso a “singularidade” da matéria, a carecer de serviços jurídicos especializados que justifiquem a contratação via inexigibilidade de licitação, vez que vários escritórios de advocacia no país têm ajuizado sobreditas ações, de idêntico conteúdo, a grande parte limitando-se ao cumprimento de sentença proferida em ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, Processo nº 1999.61.00.05.0616-0;

CONSIDERANDO que destinar recursos públicos vinculados à educação ao pagamento de serviços de advocacia contratados sem o devido processo licitatório, ou seja, sem a necessária competitividade que garanta a hígidez do preço pactuado, sem margem de dúvida malfez os postulados legais e constitucionais acima explicitados, além de causar grave prejuízo ao erário municipal;

CONSIDERANDO ainda que a contratação de profissionais de advocacia sem vínculo empregatício com a entidade pública contratante somente deve ocorrer via **processo licitatório**, e ainda assim em situações raras, pois a regra deve ser a realização de concurso público para contratação de procurador do ente público interessado. Apenas em casos excepcionalíssimos, caso se configure e comprove a necessidade de serviços de profissional de **notória especialização**, a contratação poderá ser efetuada por inexigibilidade, nos termos do art. 25, II, § 1º, da Lei n.º 8.666/93;

CONSIDERANDO que os honorários advocatícios objeto do contrato em tela não podem ser remunerados com recursos do FUNDEF/FUNDEB, por tratar-se estes de recursos de aplicação vinculada à melhoria da qualidade da educação, consoante exigência da Lei 9.424/96, bem como art. 60 do ADCT;

CONSIDERANDO a recente decisão (23/08/2017) do Tribunal de Contas da União no TC 005.5-6/2017-4, que originou o Acórdão n.º 1824/2017, em representação conjunta do Ministério Público do Estado do XXXXXX, Ministério Público de Contas e Ministério Público Federal, sobre a correta aplicação dos recursos a serem recebidos pelos Municípios, via precatório, a título de diferenças dos valores do FUNDEF;

CONSIDERANDO que, no Acórdão n.º 1824/2017, o TCU sedimentou o entendimento de que *“os recursos a serem repassados aos estados/municípios – embora advenham de pagamentos a serem efetuados via precatórios – têm origem vinculada aos recursos provenientes do Fundef. Uma vez que a origem desses recursos é vinculada ao referido fundo, conclui-se que sua destinação também deve ser vinculada às finalidades do Fundef/Fundeb, a saber, o dispêndio exclusivo em manutenção e desenvolvimento do ensino”*;

CONSIDERANDO *“que a vinculação dos recursos do Fundef é impositiva, não podendo haver qualquer outra utilização que não contemple a finalidade constitucional e infraconstitucional conferida ao Fundef/Fundeb, que é a aplicação de seus recursos exclusivamente no ensino”* (Acórdão TCU n.º 1824/2017);

CONSIDERANDO que o TCU, no Acórdão n.º 1824/2017, determinou ao Ministério da Educação - MEC, para que, no prazo de 15 dias, expedisse orientação aos estados e municípios que têm direito a recursos provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do Fundef, referente a 1998 a 2006, oriundos da ACP 1999.61.00.050616-0 ou de ações similares na esfera ou administrativa, no sentido de: a) **utilizarem tais recursos exclusivamente na destinação prevista no art. 21 da Lei 11.494/2007, e na Constituição Federal, no art. 60 do ADCT, esclarecendo que o uso de tais recursos em quaisquer outras destinações, como para pagamento de honorários advocatícios, configura afronta aos dispositivos constitucionais e legais supracitados, cabendo punição aos responsáveis que agirem em desacordo com tal entendimento** (item 98);

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, no dia **06/09/2017**, no julgamento das Ações Originárias (ACOs) 648, 660, 669 e 700, ajuizadas, respectivamente pelos Estados da Bahia, do Amazonas, de Sergipe e do Rio Grande do Norte,

condenou a União ao pagamento de diferenças relacionadas à complementação do FUNDEF e **determinou que os recursos recebidos retroativamente deverão ser destinados exclusivamente à educação;**

CONSIDERANDO que, reiterando esse entendimento, o **Supremo Tribunal Federal, decidiu em 12/09/2017**, na Suspensão de Liminar (SL) 1107, formulada pelo Município de Marituba-PA, em face da Relatora do Agravo de Instrumento nº. 0007950-02.2017.4.01.0000, do TRF 1ª Região, que ***“...o precatório titularizado pelo Município não se presta para o pagamento de dívidas outras diversas daquelas referentes à ‘manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica, entre as quais não se inclui o pagamento de honorários advocatícios’ ”;***

RESOLVE:

RECOMENDAR ao Excelentíssimo Senhor Prefeito de XXXXXXXX, Sr. XXXXXXXX, que:

a) Proceda, no prazo de 10 (dez) dias:

a.1) à suspensão de quaisquer pagamentos advindos do Contrato de prestação de serviços advocatícios firmado com o escritório XXXXX consoante EXTRATO em anexo;

a.2) à anulação, em face do Poder de autotutela da Administração (Súmula 473 do STF), do sobredito Contrato;

b) a partir do recebimento da presente Recomendação, informe a esta XXXXXXX se já recebeu alguma vez precatórios referentes a diferenças da complementação federal do FUNDEF, bem como a destinação que lhes foi dada; e ainda que todos os recursos recebidos ou a receber a esse título tenham sua aplicação vinculada a ações em educação, mediante conta específica a ser aberta para tal finalidade;

c) a partir do recebimento da presente Recomendação, e uma vez anulado o Contrato de prestação de serviços advocatícios em epígrafe, a demanda judicial que ensejou a contratação seja imediatamente assumida pela Procuradoria Municipal, que detém atribuição de representação do Município em juízo, face à

inexistente complexidade da causa, a fim de evitar-se o pagamento de valores desproporcionais ou lesivos ao erário. Nessa vereda, deve-se também determinar ao Representado que informe a qualificação do Procurador Municipal, e respectivos contatos.

Em caso de não acatamento desta RECOMENDAÇÃO, o Ministério Público informa que adotará as medidas legais necessárias a fim de assegurar a sua implementação, inclusive através do ajuizamento da ação civil pública cabível e por improbidade administrativa.

Publique-se esta Recomendação no quadro de avisos desta Promotoria de Justiça.

Encaminhe-se cópia eletrônica à Coordenadoria de Documentação e Biblioteca para publicação no diário eletrônico do MP XXX.

Encaminhe-se cópias para cada um dos Vereadores de XXXXX, para conhecimento e acompanhamento

XXXXXX, de 2018.

XXXXXXXX

Promotor de Justiça

Modelo V

(Ação Civil Pública para anulação do Contrato)

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE
XXXXXX/Unidade da Federação**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO XXXXX**, por intermédio de sua representante infra-assinada, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no art. 127 e 129, inciso III da Constituição Federal e 25, inciso V e 26, inciso I, alínea “b” da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n.º 8.625/93) e 26, inciso V e 27, inciso I, alínea “b” da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do XXXX, vem, nos termos do disposto no art. 1º, IV e VIII da Lei n.º 7.347/85, e art. 6º, VII, alíneas “a”, “c” e “d”, da Lei Complementar 75/93, vem propor a presente:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA com pedido de tutela provisória de urgência

em face do:

MUNICÍPIO DE XXXXXXXX, pessoa jurídica de direito público interno, com sede XXXXXXXX, representado pelo Prefeito Municipal, Sr. XXXXXXXX.

ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA XXXX, inscrito no CNPJ sob o número XXXXXXXX, com endereço XXXXXXXX

pelas razões expostas a seguir.

DOS FATOS

Na edição do dia ___ de 2016 do Diário Oficial do Estado do XXXXX, página ___, restou publicado o extrato do **Contrato de prestação de serviços de advocacia**

(doc. 01 anexo) firmado entre a Prefeitura Municipal de XXXXX e o escritório de advocacia XXXX, inscrito no CNPJ sob o número XXXXXXXX, decorrente de **processo de inexigibilidade de licitação não identificado**, e que tem por objeto a prestação de serviços advocatícios visando o recebimento dos valores decorrentes de diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), previsto na Lei do FUNDEF (Lei 9.424/96).

Como cedição, o art. 6º do referido diploma estabeleceu o dever da União de complementar os recursos dos fundos regionais, sempre que não fosse alcançado um valor mínimo definido nacionalmente. Nessa esteira, várias demandas judiciais foram protocoladas questionando o cálculo desta complementação feita pela União, sempre a menor. A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp n. 1.105.015/BA, decidiu pelo rito dos Recursos Repetitivos pelo dever da União de efetuar o cálculo do VMAA na forma determinada em lei e repassar aos entes federados os valores que deixaram de ser complementados quando dos repasses dos recursos do FUNDEF.

Nessa esteira, a obrigatoriedade da União em efetuar o cálculo do VMAA na forma determinada em lei, e repassar aos entes federados os valores que deixaram de ser complementados quando dos repasses dos recursos do FUNDEF foi reconhecida no julgamento da Ação Civil Pública n.º 1999.61.00.050616-0 na 19ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, que transitou em julgado em 2015.

Trata-se, pois, de questão já sedimentada na jurisprudência pátria, de nenhuma complexidade, objeto de inúmeras ações propostas por diversos escritórios de advocacia, nos Estados cujos recursos do Fundo não alcançaram o valor mínimo nacional, e com trânsito em julgado em Ação Civil Pública manejada pelo Ministério Público Federal, cuja fase de cumprimento de sentença já se iniciou.

Não obstante, vários municípios brasileiros estão valendo-se desse expediente, entre eles, o demandado, firmando contrato com escritórios de advocacia, amparados em suposta “inexigibilidade de licitação”, pela “singularidade dos serviços prestados”, tendo por objeto a prestação de serviços visando ao recebimento dos valores decorrentes de diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), previsto na Lei do FUNDEF (Lei 9.424/96).

Tais contratações envolvem **milhões de reais** e prevêm, como pagamento pela prestação dos serviços, a título de “risco”, que o valor dos honorários advocatícios será a quantia correspondente a 20% (vinte por cento) do montante auferido

com a execução do objeto do contrato, a ser pago no momento que o Município perceber o crédito, chegando também à cifra de milhões de reais. Vale dizer, o Município demandado firmou contrato *ad exitum* com referido escritório de advocacia, destacando 20% de tudo que for auferido judicialmente ao pagamento do contratado, incorrendo assim em **tripla ilegalidade**: **1)** a primeira concernente à contratação de escritório de advocacia por inexibibilidade de licitação, contrariando a regra de realização de concurso público para contratação de procurador do ente público interessado, bem como a previsão de que a contratação por inexigibilidade é medida excepcionalíssima, que deve ocorrer quando configurada e comprovada a necessidade de serviços de profissional de **notória especialização**, nos termos do art. 25, II, § 1º, da Lei 8666/93; **2)** a segunda refere-se à celebração de contrato de risco que não estabelece preço certo na contratação e que vincula a remuneração do contratado a um percentual sobre o crédito a ser auferido, em desacordo com os arts. 5º, 6º, VIII e 55, III e V, da Lei n. 8.666/93, e **3)** a terceira relacionada à previsão de pagamento do contratado com recursos que possuem destinação vinculada à manutenção e desenvolvimento da educação de qualidade.

Ora, tratando-se do mesmo escritório de advocacia prestador dos serviços, e do mesmo objeto contratual, não resta dúvida de que um só modelo de instrumento contratual, com cláusulas semelhantes, foi utilizado na contratação com todos os municípios deste Estado, o que evidencia a cifra vultosa de recursos públicos que deveria ser destinada à manutenção e desenvolvimento da educação de municípios do Estado do XXXXX, estado que possui um dos piores quadros da educação do país, em arrepio aos valores consagrados na Constituição da República, que prevê a educação de qualidade como direito básico do cidadão.

No pormenor, somente a título de informação, segundo dados fornecidos pela Advocacia Geral da União/Procuradoria da União no XXX quanto a precatórios para pagamento em 2017 em favor de municípios maranhenses, relacionados ao tema FUNDEF/VMAA (doc. 04), **12 municípios receberão neste ano precatórios que totalizam o montante de R\$ 224.172.917,06 (duzentos e vinte e quatro milhões, cento e setenta e dois mil, novecentos e dezessete reais e seis centavos)**, os quais devem ingressar nos cofres municipais como “receitas correntes” na conta do FPM, sem qualquer vinculação à aplicação em ações voltadas à educação. E mais, somente em relação a estes 12 (doze) municípios, cerca de **44.800.00,00 (quarenta e quatro milhões e oitocentos mil reais)** deixariam/deixarão de ser aplicados na área da educação e serviriam/servirão para pagamento de honorários advocatícios.

O contrato em questão é, portanto, **além de ilegal, lesivo ao patrimônio público, notadamente ao patrimônio público educacional**, vez que, como já em andamento a execução da ação civil pública do MPF de São Paulo, que importará no recebimento integral por cada município das diferenças que lhes são devidas, despender com honorários advocatícios 20% dos valores recuperados é conduta antieconômica, que causa enormes prejuízos aos cofres públicos e aos alunos do ensino público.

São lesivas as pactuações também por preverem honorários contratuais incompatíveis com o altíssimo valor a ser executado e a ausente complexidade da causa, como mui bem destacado na Nota Técnica n.º 430/2017/NAE/MA/Regional/MA, da Controladoria-Geral da União (**doc. 05**), segundo a qual “(...) 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”.

E continua a CGU: “Demais disso, todas essas variáveis necessárias para o cálculo já constam dos autos da ACP n. 1999.61.00.05.0616-0, tendo em vista que o Juízo da 19ª Vara 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 (...)”.

A referida Nota Técnica n.º 430/2017/NAE/MA/Regional/MA da Controladoria Geral da União, após apontar diversas irregularidades na contratação dos escritórios de advocacia para a recuperação dos valores do VMAA, conclui que “*não há fundamento para a contratação dos escritórios por inexigibilidade de licitação, uma vez que há possibilidade de competição e que os serviços (cumprimento de sentença) não são de natureza singular, mas rotineiros para escritórios de advocacia. Quanto aos cálculos dos valores, como ficou devidamente explicado nesta Nota Técnica, não são de alta complexidade e exigem apenas os dados disponibilizados pelo FNDE nos autos da ACP n.º 1999.61.00.050616-0 ou que também podem ser solicitados diretamente àquele Fundo, por meio da Lei de Acesso à Informação, ou ainda parcialmente obtidos por meio de consultas a sites abertos na internet*”.

Por fim, a referida Nota Técnica destaca que “**os 149 cumprimentos de sentença de municípios maranhenses formulados perante a Justiça Federal – Seção Judiciário do Distrito Federal comprovam que os escritórios venderam a um elevado preço um direito já garantido por meio de ação Ministerial a custo zero para os**

municípios, possivelmente utilizando-se do desconhecimento dos gestores públicos acerca da ACP transitada em julgado em São Paulo. É dizer, com esses contratos os escritórios buscam participar do quinhão já garantido aos municípios pela ação ministerial”.

Logo, destinar recursos públicos vinculados à educação ao pagamento de serviços de advocacia contratados sem o devido processo licitatório, ou seja, sem a necessária competitividade que garanta a higidez do preço pactuado, sem margem de dúvida malfez postulados legais e constitucionais, adiante expostos, além de causar grave prejuízo ao erário municipal.

Trata-se, portanto, de evidentes nulidades que inquinam por completo o contrato em epígrafe, tornando imprescindível a atuação e controle preventivo do Poder Judiciário, direcionado a obstar os gravíssimos prejuízos ao erário que serão perpetrados caso sejam mantidos os termos da contratação dos referidos serviços advocatícios.

Diante do contrato advocatício firmado entre o Município XXXX e o escritório de advocacia XXXXXX em que X% (XX por cento) do valor da condenação é destinado ao pagamento dos honorários contratuais, faz-se necessário que o Poder Judiciário intervenha para garantir que os recursos públicos a serem percebidos em decorrência de complementação do FUNDEF recebam a sua correta destinação, condizente com a natureza do Fundo a que se refere.

Não bastasse a clareza acerca da natureza dos recursos a serem recebidos e a vinculação que lhe é inerente, considerando-se o alto vulto da complementação a ser paga, verifica-se a oportunidade de o Município empreender forte investimento na área da educação, há muito deficitária, principalmente tomando-se em conta a fragilidade do sistema público municipal de ensino, visivelmente representada pelo seu baixo rendimento nos índices de educação do país, conforme se demonstrará mais adiante.

Ressalte-se que, em sessões realizadas nos dias 08/03/2017, 15/03/2017 e 22/03/2017, o Tribunal de Contas do Estado do Maranhão concedeu medida cautelar em **109 (cento e nove)** representações impetradas pelo Ministério Público de Contas a fim de suspender contratos advocatícios firmados com municípios maranhenses com o objetivo de receber valores decorrentes de diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), bem como a obrigação dos municípios representados

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

de procederem à anulação de tais contratos, exatamente pelo reconhecimento das ilegalidades ora apontadas. (doc. 06)

DA SITUAÇÃO DA EDUCAÇÃO NO ESTADO DO XXXXX

O Estado do XXX possui um dos piores quadros da educação do país, em arrepio aos valores consagrados na Constituição da República, que prevê a educação de qualidade como direito básico do cidadão. Afinal, a educação faz toda a diferença para o pleno desenvolvimento da pessoa, para o exercício de sua cidadania e em sua qualificação para o trabalho (art. 205 da CF).

Conforme avaliação do PISA¹ 2015, divulgado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o XXXX ficou abaixo da média nacional e à frente apenas do Estado do Alagoas. Verificar situação local

Já segundo informações do governo federal², o XXXX ostenta o quinto pior índice de desenvolvimento da educação básica (IDEB) do país, no ensino fundamental I (4º ano e 5º ano) e o 8º pior no ensino Fundamental II (8º ano e 9º ano). Verificar situação local

O Ideb é um indicador geral da Educação nas redes privada e pública. Foi criado em 2007 pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) e leva em conta dois fatores que interferem na qualidade da educação: rendimento escolar (taxas de aprovação, reprovação e abandono) e médias de desempenho na Prova Brasil, em uma escala de 0 a 10.

A qualidade de ensino implica o funcionamento sincronizado de uma série de variáveis intra e extraescolares, tais como infraestrutura adequada, equipamentos compatíveis e em condições adequadas de uso, professores habilitados, organização pedagógica que atenda aos interesses da comunidade escolar, formação docente inicial e continuada, participação da comunidade na construção do trabalho escolar, dentre outras variáveis que impactam direta e indiretamente a qualidade do ensino.

¹Programme for International Student Assessment, na sigla em inglês, é uma iniciativa de avaliação comparada, aplicada a cada três anos a estudantes na faixa dos 15 anos de idade, fase em que se pressupõe o término da escolaridade básica obrigatória na maioria dos países.

² <http://ideb.inep.gov.br/resultado/>

Diante de tal quadro, o Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal atuam conjuntamente no projeto **MPEDUC** (Ministério Público pela Educação), com o objetivo de **acompanhar a execução das políticas públicas estabelecidas pelo MEC/FNDE e a adequada destinação dos recursos públicos para a área da educação.** **Verificar situação local**

Nas visitas a vários municípios maranhenses, foram verificadas diversas escolas sem estrutura física adequada, sendo algumas de taipa, transporte escolar denominado “pau-de-arara”, séries multisseriadas, entre outros problemas que evidenciam a necessidade de alocação de recursos nessa seara social, em respeito aos postulados do texto constitucional.

Esses dados mostram a situação alarmante que passa a Educação no Estado do XXXXX, evidenciando cada vez mais a necessidade de alocação de recursos nessa seara social, em respeito aos postulados do texto constitucional.

Nesse sentido, urge garantir que os valores a serem recebidos futuramente pelos Municípios, via precatório, **sejam revertidos em sua totalidade às ações de educação constitucional e infraconstitucionalmente previstas**, em face da vinculação dos recursos do FUNDEF à manutenção e desenvolvimento da educação de qualidade.

DA SITUAÇÃO DA EDUCAÇÃO DO DO MUNICÍPIO DE XXXXXX

O PROMOTOR PODE ACRESCENTAR DADOS DE SUA COMARCA CONFORME DENÚNCIAS RECEBIDAS E PROCEDIMENTOS EXISTENTES NA PROMOTORIA. INCLUSIVE DADOS DO MPEDUC, ACASO EXISTENTES.

No tocante à situação específica do Município de XXXXXX, é de se destacar que a referida municipalidade obteve o índice de desenvolvimento da educação básica (IDEB) de **2,9, no exercício de 2012**, longe, portanto, do patamar educacional que tem hoje a média dos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).³

Tão grave é a sua situação, que o município foi escolhido para fazer parte do projeto “Ministério Público pela Educação – MPEDUC”, realizado pelo Ministério Público Federal e dos Estados, com o objetivo de acompanhar e garantir a prestação do serviço educacional respeitando um nível mínimo de qualidade. Para tanto, uma das suas

³ <http://portal.inep.gov.br/web/portal-ideb>

principais diretrizes é acompanhar a execução das políticas públicas estabelecidas pelo MEC/FNDE e a **adequada destinação dos recursos públicos para a área da educação.**⁴

Na oportunidade, foram verificadas escolas com infraestrutura absolutamente arcaica, com infiltrações nas paredes, com insuficiência nas redes elétricas, com banheiros danificados e com lixos e esgotos a céu aberto aos seus arredores. Outrossim, a merenda escolar deteriorada, imprópria para consumo, devido ao mau acondicionamento dos gêneros alimentícios. Deveras, as escolas visitadas não apresentavam nível satisfatório de conservação, manutenção e limpeza, necessitando com urgência de reformas e/ou manutenção adequadas nas suas estruturas físicas.

Nessas condições, não é surpresa o baixo índice de desenvolvimento da educação básica (Ideb) que o Município de XXXXXXX vem atingindo, fato a evidenciar a necessidade de melhorias na oferta do ensino básico pela referida municipalidade, em respeito ao seu mister constitucional.

Frente a esse contexto, objetiva-se nesta demanda anular contratação de escritório de advocacia por ilegal inexigibilidade e com pagamento de seus honorários com recursos 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 nº 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 até vir a caracterizar ato de improbidade administrativa e intervenção nos municípios.

Nesse viés, necessário se faz evitar, no nascedouro (contratação do escritório de advocacia), que recursos oriundos de um cumprimento de sentença que veicula o recebimento de recursos do antigo FUNDEF, atual FUNDEB, ganhem destinação distinta da prevista na legislação criadora do fundo, a saber, **a finalidade de incremento da educação básica.** Dito de outra forma, não é possível que a verba a ser conseguida no cumprimento de sentença a ser proposto pelo escritório contratado, que se refere à complementação do

⁴ http://mpeduc.mp.br/mpeduc/www2/conheca/conheca_modelo

FUNDEF, sirva a outro propósito que não incrementar a educação.

A necessidade de reconhecimento da nulidade do contrato em comento e, mais especificamente, da cláusula que destina o pagamento de 20% do valor da condenação a título de honorários contratuais, adquire ainda maior relevo se levarmos em consideração os baixos indicadores da educação do Município de XXXXXXXX. A ostentação de tais notas, distante das metas, por si só, indica que o repasse que deixou de ser realizado faz falta e que ainda há a necessidade de que o recurso seja aplicado na educação.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Segundo disciplina do art. 129, III, da Constituição Federal Brasileira, uma das funções institucionais do Ministério Público é a promoção de inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Nesta esteira, os arts. 1º e 5º, da Lei Federal n.º 7.347/95 disciplinam que *“regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”* (grifou-se) e que *“A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios”*.

Na espécie, o cabimento da intervenção do Ministério Público para adoção de medidas para salvaguardar o patrimônio público e a efetivação do direito à educação, e de forma imediata, a destinação de recursos do FUNDEF para a manutenção e desenvolvimento da educação, encontra seu supedâneo na Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que consubstancia que:

“Art. 201. Compete ao Ministério Público:

(...) V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal”

“Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de

deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016)

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

(...)

Assim é que a defesa da ordem jurídica, consubstanciada na ilegalidade do contrato advocatício, bem assim do patrimônio público em razão da antieconomicidade do referido contrato, além da repercussão do contrato na oferta irregular de serviços públicos de educação ensejam a propositura de ação civil pública, pelo Ministério Público, para compelir o Município a anular contrato **ilegal, lesivo ao patrimônio público e ao patrimônio educacional dos alunos maranhenses.**

Claros, portanto, a legitimidade do *Parquet* e o cabimento da ação civil pública para a anulação do contrato advocatício em questão.

DO DIREITO

1) DA NULIDADE DO CONTRATO:

e) 1.1) Da contratação sem prévio processo licitatório:

A primeira irregularidade a macular o contrato advocatício firmado entre o Município demandado e o escritório de advocacia JOÃO AZEDO E BRASILEIRO, foi a contratação sem prévio certame, ancorada na suposta “singularidade” do objeto contratual, a autorizar a contratação via inexigibilidade.

Conforme antes delineado, a obrigatoriedade da União em efetuar o cálculo do VMAA na forma determinada em lei, e repassar aos entes federados os valores que deixaram de ser complementados quando dos repasses dos recursos do FUNDEF foi reconhecida no julgamento da Ação Civil Pública n.º 1999.61.00.050616-0 na 19ª Vara da Justiça Federal de São Paulo (**doc. 07**), que transitou em julgado em 2015, sendo que os escritórios de advocacia contratados pelos municípios maranhenses estão ajuizando tão somente cumprimento de sentença da referida decisão proferida na ACP n.º 1999.61.00.050616-0, que já está sendo executada pelo Ministério Público Federal de São Paulo.

Nesse sentido, a Controladoria Geral da União, Unidade do XXXXX, bem discorreu em sua Nota Técnica n.º 430/2017/NAE/MA/Regional/Ma que **“não há fundamento para a contratação dos escritórios por inexigibilidade de licitação, uma vez que há possibilidade de competição e que os serviços (cumprimento de sentença) não são de natureza singular, mas rotineiros para escritórios de advocacia. Quanto aos cálculos dos valores, como ficou devidamente explicado nesta Nota Técnica, não são de alta complexidade e exigem apenas os dados disponibilizados pelo FNDE nos autos da ACP n.º 1999.61.00.050616-0 ou que também podem ser solicitados diretamente àquele Fundo, por meio da Lei de Acesso à Informação, ou ainda parcialmente obtidos por meio de consultas a sites abertos na internet”**

Como se percebe, o objeto contratual não constitui questão complexa ou singular, a ponto de justificar a contratação direta. Trata-se de demanda já amplamente debatida e resolvida pela jurisprudência pátria, cingindo-se a mero cumprimento de sentença, não havendo sequer necessidade de ação de conhecimento a ser ajuizada pelo Município para reconhecimento do seu direito, eis que este já foi reconhecido na ACP n.º 1999.61.00.050616-0, que tramitou na 19ª Vara da Justiça Federal de São Paulo.

Consabido é que a contratação de profissionais de advocacia sem vínculo empregatício com a entidade pública contratante somente deve ocorrer via **processo licitatório**, e ainda assim em situações raras, pois a regra deve ser a realização de concurso público para contratação de procurador do ente público interessado. Assim, apenas em caso de serviços específicos, que não possam ser realizados pela assessoria jurídica do ente, dada a sua complexidade e especificidade, a Lei n.º 8.666/93 autoriza a contratação de terceiros, desde que previamente realizado processo licitatório. Apenas em casos excepcionalíssimos, caso se configure e comprove a necessidade de serviços de profissional de **notória especialização** (o que não é o caso dos autos), a contratação poderá ser efetuada por inexigibilidade, nos termos do art. 25, II, § 1º, da Lei n.º 8.666/93.

Sobre o assunto, leciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que *“se não há singularidade nos serviços advocatícios, não há razão para se discutir a notória especialização, pois esta somente poderá ser requerida quando evidenciada a singularidade do objeto”*. (**Contratação direta sem licitação**. 6º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 704).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, estabeleceu, no bojo do Inquérito n. 3074-SC, cinco parâmetros de observância obrigatória para a contratação direta de escritório de advocacia sem licitação, quais sejam: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) **natureza singular do serviço**; d) demonstração da inadequação da prestação dos serviços por integrante do Poder Público; e) **cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado**. No caso dos autos, pelo menos dois desses requisitos não foram atendidos (em negrito).

Isso porque, além de versarem sobre matéria já corriqueira, referidos contratos preveem **honorários contratuais incompatíveis com o mercado, diante do altíssimo valor envolvido e a baixa complexidade da causa**, que trata de matéria exclusivamente de direito, já pacificada no âmbito dos Tribunais superiores. Além disso, não se reconhece no caso a “singularidade” da matéria, a carecer de serviços jurídicos especializados que justifiquem a contratação via inexigibilidade de licitação, vez que se trata de mero cumprimento de sentença, proferida em autos de ACP na qual já se encontram todos os parâmetros necessários para a realização dos cálculos.

Por certo, é de difícil sustentação a tese de que haveria singularidade no serviço relativo ao cumprimento de sentença de que trata o contrato, podendo a atuação em juízo ser realizada pelo escritório de advocacia contratado regularmente pela Municipalidade ou pela Procuradoria municipal, sem a necessidade de nova contratação com remuneração elevadíssima.

O TCU tem reiteradamente declarado irregular a contratação direta de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação:

“Tais serviços advocatícios não são de natureza única e singular, portanto não podem ser prestados apenas por uma única e exclusiva pessoa, visto que há no mercado outros profissionais com habilidades semelhantes. Nesse sentido não está caracterizada a inviabilidade de licitação.

A Súmula 39 deste Tribunal, tratando da contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, estabelece que a dispensa de licitação ‘só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.’

Desta forma, considerando que os serviços acima elencados não possuem caráter 'inédito ou incomum' não podendo ser classificados como de 'natureza singular', tampouco exigem profissionais com 'notória especialização', rejeitamos as razões de justificativas apresentadas e propomos que seja determinado ao Cofeci que, doravante, realize o devido procedimento licitatório para a contratação de assessoria jurídica, observando os preceitos da Lei nº 8.666/93." (Processo nº 016.057/2002-0; Acórdão 103/2004 – Plenário)

“A primeira diz respeito à contratação de ex-assessores jurídicos da empresa para a prestação de serviços advocatícios, sob inexigibilidade de licitação, sem que houvesse ficado demonstrada a inviabilidade de competição, conforme determina o caput do art. 15 da Lei nº 8.666/93.

3. A contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação é uma exceção à regra geral. Apenas em situações excepcionais, dada a singularidade do serviço a ser prestado e a necessidade de conhecimento técnico específico, é admissível a contratação. Não foi esse o caso da CERON, visto que a empresa contratou advogados para atuar em processos trabalhistas corriqueiros e sem nenhuma complexidade que exigisse profissionais com conhecimentos extraordinários.

4. Mesmo no caso de ficar demonstrada a inviabilidade de competição, o Tribunal tem entendido que os órgãos e entidades devem realizar a pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços, adotando sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas entre os pré-qualificados, de forma a resguardar o respeito aos princípios da publicidade e da igualdade, conforme já proferido nas seguintes deliberações: Decisão Sigilosa nº 69/93 - Plenário (Ata nº 22/93, DOU de 22.06.93); Decisão Sigilosa nº 494/94 - Plenário (Ata nº 36/94, DOU de 15.08.94); Decisão nº 244/95 - Plenário (Ata nº 23/95, DOU de 21.06.95)”. (Processo nº 010.978/2002-2; Acórdão 125/2005 – Plenário).

f) 1.2) Do pagamento “ad exitum” pelos serviços prestados:

Como tratado acima, existe cláusula expressa no contrato que prevê que os honorários contratuais do escritório de advocacia JOÃO AZEDO E BRASILEIRO serão calculados sobre o percentual de 20% (vinte por cento) do montante auferido com a execução do objeto da avença, não havendo previsão dos valores globais ou máximos a serem pagos no presente contrato.

Trata-se, assim, de exemplo claro de contrato de risco, em que a remuneração do contratado fica condicionada ao êxito dos créditos futuramente recuperados pelo ente contratante, sendo o percentual de 20% deste crédito destacado na própria execução, para contemplar o pagamento do escritório.

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

Essa forma de pagamento é irregular, descumprindo o art. 55 da Lei nº 8.666/93, no que se refere às cláusulas necessárias em todo contrato:

“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 a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica.”

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

Já se encontra sedimentado na jurisprudência dos Tribunais de Contas o entendimento de que somente é admissível o contrato de risco (*ad exitum*) na Administração Pública quando o poder público não gasta qualquer valor, sendo a remuneração do contratado exclusivamente os **honorários pela sucumbência** devidos pela parte vencida, nos montantes determinados em juízo.

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina já se manifestou quanto à admissibilidade do contrato de risco. Veja-se o Prejulgado nº 1199:

“1. Somente é admissível o contrato de risco (*ad exitum*) na Administração Pública quando o Poder Público não despender qualquer valor, sendo a remuneração do contratado exclusivamente os honorários pela sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados pelo juízo na sentença condenatória.

2. Não é admissível a celebração de contrato pela Administração Pública onde esteja previsto que o contratado perceberá, a título de remuneração, um percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas promovidas pelo contratado, pois neste caso seria imperiosa a inclusão de cláusula contendo o valor do contrato e observância das normas orçamentárias e financeiras, que exigem previsão de receitas e despesas.

3. O contrato de risco (*ad exitum*) não exonera a administração da realização do processo licitatório, salvo os casos de dispensa de licitação e inexigibilidade previstos em lei. (Informações contidas na página eletrônica www.tce.sc.gov.br, visitada em 19.10.2011)” (grifou-se)

Assim, nos termos do Prejulgado nº 1199 do TCE/SC, a Administração Pública pode realizar contrato de risco, desde que: a) não celebre contrato onde esteja previsto que o contratado perceberá, a título de remuneração, um percentual sobre as receitas auferidas pelo ente; b) o contrato de risco (*ad exitum*) seja firmado mediante a realização do processo licitatório.

Em consulta formulada pela Secretaria de Estado de Administração ao Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, quanto ao tema ora enfrentado, o Procurador de Justiça José Eduardo Faria, por meio do Parecer nº 465-07, assim se manifestou:

**“PROCESSO Nº :13900/2007
INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DE
ADMINISTRAÇÃO ASSUNTO: CONSULTA
RELATOR: CONSELHEIRO ALENCAR SOARES FILHO
PARECER Nº 465-07**

“Conclui-se que a contratação de serviços para recuperação de créditos do Estado a ser pago com base em percentual sobre os créditos a serem recuperados poderá ser feita desde que haja previsão de valores globais ou máximos do contrato a ser firmado, observando as normas orçamentárias e financeiras que exigem a previsão das despesas a serem pagas pela Administração Pública. Vale ressaltar que o pagamento do contrato deverá ser feito somente após o efetivo ingresso de recursos nas contas públicas. Somente é possível a contratação de risco sem a demonstração dos valores a serem pagos quando o contratado seja exclusivamente remunerado pelos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida, no montante determinado em juízo, visto que, neste caso, não haja egresso de recursos da Administração Pública.”

[...]

Em consulta aos anais deste Egrégio Tribunal, encontramos o processo nº 12.097-9/2003, cujo Relator, foi o Conselheiro Antonio Joaquim, e a tese invocada, possui similaridade com esta ora colocada a apreciação, e a Corte de Contas, propugnou entendimento através do V. Acórdão nº 1524/2003, nos seguintes termos, verbis:

"...que o administrador público municipal tem obrigação de instituir e arrecadar tributos, porém, deve fazê-lo da forma menos onerosa possível, ou seja, com obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 11 e ss.), à Lei de Licitações, e ainda considerando a existência de efetiva vantagem para a administração pública, tendo em vista a análise do custo-benefício dessa arrecadação de tributos, a estrutura municipal existente e a forma em que se dará a contratação pretendida." (grifamos)

Ademais o Tribunal de Contas de Santa Catarina também manifestou em casos análogos, conforme o Pré Julgado 1199, que transcrevemos:

" ou Não é admissível a celebração de contrato pela Administração Pública onde esteja previsto que o contratado perceberá, a título de remuneração, um percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas judiciais exitosas promovidas pelo contratado, pois neste caso seria imperiosa a inclusão de cláusula contendo o valor do contrato e observância das normas orçamentárias e financeiras, que exigem previsão de receitas e despesas. O contrato de risco (ad exitum) não exonera a administração da realização do processo licitatório," (grifamos)

Isto posto, acolhemos "in totum" o parecer nº 011/CT/2007, fls. 04 a 09TC., concluindo que os contratos tem que possuir valores fixados, observando as normas orçamentárias e financeiras " Lei nº 4320/64, Lei nº 101/00 - , em consonâncias com as previsões de receitas e despesas previstas, e ainda, os contratos de riscos não afasta a administração pública da obrigação da realização do procedimento licitatório, por derradeiro, encaminha-se cópia das informações ao interessado, com as nossas homenagens." (Informações contidas na página eletrônica www.tce.mt.gov.br, visitada em 17.10.2011) (grifou-se).

Diante do exposto, resta claro que somente é possível a contratação de risco sem a demonstração dos valores a serem pagos, tal qual o caso em testilha, quando o contratado for exclusivamente remunerado pelos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida. Não é admissível a celebração de contrato pela Administração Pública em que esteja previsto que o contratado perceberá, a título de remuneração, um percentual sobre as receitas auferidas pelo ente, sob pena de caracterizar uma espécie de "renúncia de receita".

Nesse mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Contas do Estado do XXXXX, no bojo da Consulta n. 7458/2011-TCE/MA, Decisão PL TCE n. 100/2012, no seguinte sentido:

“(...)b.4) o contrato de risco, embora celebrado excepcionalmente por alguns entes públicos, é incompatível com o regime jurídico dos contratos administrativos, vez que não estabelece preço certo na contratação e vincula a remuneração do contratado a um percentual sobre a receita pública auferida, em desacordo com os arts. 5º, 6º, VIII, e 55, III, da Lei nº 8.666/1993, afeiçoando-se à prática de renúncia de receita pública, na medida em que a Administração Pública estaria abrindo mão de parte dos recursos públicos que lhe pertencem para pagar o contratado, já que não se pode ter certeza de que a remuneração da contratada está dentro de um padrão aceitável ou em consonância com o valor pago no mercado;

**b.5) a contratação de serviços especializados de representação jurídica não exonera a Administração Pública da realização do processo licitatório, exceto se na inexigibilidade de licitação restar comprovada a notória especialização e a natureza singular do objeto, nos termos do art. 2º, c/c o art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993. No caso específico da contratação de serviços de recuperação de créditos fiscais, constitui-se irregular a contratação mediante inexigibilidade de licitação, por não restar configurada a inviabilidade de competição e a singularidade do objeto, que deve estar caracterizada pela natureza excepcional do serviço, incomum à praxe jurídica, não podendo abranger funções típicas ou de natureza permanente do Estado ou Município;
(...)”**

No mesmo sentido, o Acórdão PL-TCE n. 718/2014, proferido no Processo de fiscalização (Apreciação da legalidade de atos e contratos) n. 9971/2012, também do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão:

“(...) Decidir pela ilegalidade do contrato n. 29//2012, celebrado entre a Secretaria de Estado de Gestão e Previdência e a Fundação Getúlio Vargas, em razão das seguintes ocorrências:

a.1) cláusula terceira do contrato – prevê indevidamente que a remuneração do contratado corresponderá integralmente aos valores referentes à taxa de inscrição dos candidatos do concurso, sem estabelecer preço certo ou limite máximo de remuneração pelos serviços prestados, caracterizando renúncia de receita pública, em desacordo com o art. 55, III, da Lei n. 8666/93, o art. 14 da Lei Complementar n. 101/2000 e os arts. 58 a 65 da Lei 4320/64.”

g) 1.3) Do destaque de recursos vinculados à educação para pagamento de honorários contratuais:

Conforme já narrado, a contratação do escritório de advocacia visa ao ajuizamento de ação que objetiva discutir **diferenças nos repasses a título de complemento do FUNDEF pela União.**

Quanto a este ponto, tem-se como gravíssimas e ilegais as cláusulas do contrato que preveem, a título de remuneração do escritório contratado, percentual sobre o crédito advindo da condenação da União, bem como que autorizam o contratado a, quando da expedição do precatório judicial para pagamento do Município, juntar aos autos cópia do instrumento contratual a fim de viabilizar o destaque do percentual referente aos honorários advocatícios, para recebimento diretamente por repartição do precatório.

Diz-se ilegais tais cláusulas porque, tratando-se de contrato de risco, a remuneração do contratado deve escudar-se unicamente nos honorários de sucumbência declinados em juízo. *In casu*, entretanto, em que se fixou como pagamento o absurdo percentual de 20% do montante a ser auferido pelo Município autor da demanda, **verifica-se que o contratado ficará com 1/5 (um quinto) dos recursos públicos objeto da demanda. Assim, por exemplo, um precatório de R\$ 10 milhões (e a maioria destas demandas envolve valores milionários) resultará no pagamento de honorários correspondentes a R\$ 2 (dois) milhões com recursos públicos, por uma causa com peças padrão, recursos estes que deveriam ser destinado à educação.**

Com efeito, os honorários advocatícios objeto do contrato em tela não podem ser remunerados com recursos do FUNDEF/FUNDEB. Se o motivo da condenação foi que a União, no passado, fez depósitos insuficientes na conta vinculada do FUNDEF, então o destino dessa diferença que agora pretende receber o Município deve ser, por imperativo lógico e jurídico, a própria finalidade do FUNDEF, devendo portanto tais recursos ter sua aplicação vinculada à educação.

Isso porque, se a ação ajuizada tem como causa de pedir o fato de que a União efetuou repasses insuficientes para a conta do FUNDEF e pretende que seja determinada a complementação desses repasses, então resta evidente que a finalidade dos recursos derivados da condenação é a mesma finalidade que motivou a própria condenação: a conta do FUNDEF, com seus propósitos vinculados de manutenção do ensino.

Como cediço, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, atualmente substituído pelo Fundo de Manutenção e desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos profissionais da educação – FUNDEB, foi instituído pela Emenda Constitucional n. 14/96, que deu nova redação ao art. 60 do ADCT, como um fundo de natureza contábil (§ 1º do art. 60), que assegurava aos Estados e Municípios o repasse automático de seus recursos, de acordo com os coeficientes de distribuição previamente estabelecidos e publicados.

A Lei n.º 9.424/96, que regulamentou o art. 60 do ADCT, definiu mais ainda os contornos do FUNDEF, disciplinando a organização do Fundo, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle. A supramencionada lei também regravava a forma de cálculo do mínimo nacional por aluno e determinava expressamente que seus recursos fossem obrigatoriamente aplicados na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério.

Assim, a referida lei já vinculava a destinação do Fundo a certos objetivos, os quais restaram mantidos com a criação do FUNDEB pela EC n.º 53/2006 e pela Lei 11.494/2007, em substituição ao FUNDEF.

Destarte, a satisfação dos honorários advocatícios, na forma em que fora pleiteada, fere o prescrito no art. 60 do ADCT e na Lei do Fundo, que disciplinam o uso exclusivo das verbas do Fundef para a educação.

Malfere, outrossim, o disposto no art. 8º, parágrafo único, da LC n.º 101/2000, *verbis*:

“Art. 8º, parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.”

Desta forma, resta cristalino que os valores a serem recebidos futuramente pelo Município demandado, via precatório, devem ser revertidos em sua totalidade às ações de educação constitucional e infraconstitucionalmente previstas. Não há espaço para discricionariedade na decisão do gestor de como o crédito será utilizado/gasto.

Assim, percebe-se que da mesma forma que ocorria com o FUNDEF, atualmente 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 caracterização de ato de improbidade administrativa, possibilitando, inclusive, intervenção nos Municípios.

Ora, facultar que recursos relacionados ao extinto FUNDEF sejam destinados ao custeio de quaisquer despesas se mostra absolutamente ilógico e contraproducente. É por demais contraditório pleitear que a União repasse os valores seguindo a metodologia correta do FUNDEF **(não atendimento do valor mínimo por aluno/ano considerando-se a média nacional, o que gerou o direito à complementação)** e, em logrando êxito na ação, negar que os valores agora percebidos se caracterizam como verbas decorrentes do fundo, afirmando que disporiam agora de natureza diversa, sem as suas naturais vinculações. Necessária, assim, a presente ação a fim de evitar o risco de se cometer o ilícito de dar à verba destinação distinta daquela prevista em lei.

Tal quadro ganha maior dimensão considerando que a realidade fática demonstra a precariedade pela qual vem atravessando a oferta do ensino público na referida municipalidade, como restou evidenciado a partir dos baixos índices de desenvolvimento da educação básica (Ideb). Assim, demonstrado o destaque que deve ser dado à educação, como propulsora do desenvolvimento social do indivíduo e a qualificação para o ingresso no mercado de trabalho, outra interpretação não deve prosperar senão aquela que garante a vinculação dos recursos que ingressam no erário municipal em decorrência de diferenças de repasses relativas a Fundo destinado à educação.

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

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado do XXX também decidiu ao conceder medida cautelar em mais de XXXX (**numero por extenso**) representações intentadas pelo Ministério Público de Contas e determinando a suspensão dos pagamentos de honorários advocatícios decorrentes das contratações para recebimento das diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), bem como a obrigação dos municípios representados de procederem à anulação de tais contratos.

Na prática, portanto, caso não declarada a nulidade dos termos contratuais impugnados, o que se observa é que 20% (vinte por cento) do montante total que deveria ser destinado aos serviços de educação na municipalidade será **retido** em favor do escritório contratado, em grave prejuízo à população local.

Referida questão já foi amplamente debatida no âmbito do Tribunal de Contas da União, no bojo do Acórdão 5940-38/2014, 2ª Câmara, o qual, embora tenha expressamente afirmado que a competência fiscalizatória da questão em apreço seria do Tribunal de Contas do Estado, não deixou de analisar todas as nuances de contrato similar ao ora objurgado, assentando que:

*“(...) 5.13. Outrossim, analisando-se o termo de contrato, para se verificar se constam todas as cláusulas necessárias exigidas no art. 55 da lei de licitações, constatam-se **ausentes**, entre outras, as seguintes, que, em tese, implicam necessariamente sua nulidade:*

- a) as condições de pagamento (inciso III);*
- b) o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica (inciso V);*
- c) as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas (inciso VI);*
- d) os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas (inciso VII);*
- e) o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 da lei de licitações (inciso IX);*
- f) a vinculação ao termo de inexigibilidade (inciso XI);*
- g) a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos (inciso XII).*

5.14. Além disso, a exigência contida no art. 55, § 2º, da Lei 8.666/1993, de que conste cláusula declarando competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual foi redigido de forma dúbia, já que, na cláusula décima, fora eleito o foro da Comarca de Timon, capital do Estado do Maranhão (sic).

5.15. *E por ter sido redigido pelo contratado, na cláusula quinta, foram, de forma perfunctória, inseridas as obrigações do contratado, típicas de contratos advocatícios comuns, relacionadas somente aos serviços que deveriam ser prestados, de forma que, entre uma das hipossuficiências contratuais da Administração estaria a possibilidade de o contratado rescindir o contrato a qualquer época, unilateralmente, sem perda ou penalidade financeiras, uma vez ausentes cláusulas prevendo garantias e sanções pecuniárias (incisos VI, VII e IX).*

5.16. De outro modo, a satisfação dos incisos III, V, XI e XII, do art. 55, da lei de licitações, no termo de contrato, evitaria o aparente conflito de normas existente na indigitada execução, já que, se por um lado, o Estatuto da Advocacia permite que o juiz destaque do quantum exequendum a parcela dos honorários advocatícios contratuais, por outro, a Constituição Federal, a lei específica do Fundef/Fundeb e o acórdão condenatório fixam a obrigatoriedade de os recursos serem aplicados exclusivamente na educação, o que não é o caso de honorários advocatícios. 5.17.

Portanto, se, no termo de contrato, fossem fixadas as condições de pagamento, fosse indicado o crédito pelo qual correria a despesa com o pagamento dos honorários contratuais, houvesse uma vinculação com um necessário termo de inexigibilidade e se ficasse bem delineada a legislação por onde correria a execução, em hipótese alguma, poderia o contratado exigir, para o pagamento de seus honorários, o recorte de verbas vinculadas exclusivamente à educação, pois tal pretensão estaria morta na confecção do termo de contrato.

(...) 5.19. *Destarte, quanto a todos os aspectos legais aqui tratados e ante a existência de um contrato nos moldes civis, é bom relembrar o que dizem os arts. 366 e 367 do Código Processual Civil Brasileiro, tomado aqui subsidiariamente, a seguir transcritos:*

Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

Art. 367. O documento, feito por oficial público incompetente, ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular. (grifei)

5.20. E, pelos princípios da legalidade e da formalidade dos atos administrativos, referido documento particular, nos termos em que se apresenta, não pode ser admitido como contrato administrativo, uma vez ausentes requisitos essenciais que lhe dessem essa característica.

Deve-se ressaltar, outrossim, que o art. 22, § 4º, da Lei federal n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), invocado no contrato como forma de garantir ao advogado a possibilidade de que os honorários lhe sejam pagos diretamente, por dedução do que vier a ser recebido pelo constituinte, antes de expedir-se o precatório, colide frontalmente com o que estipula a previsão constitucional haurida do art. 60 do ADCT, razão pela qual a questão deve ser decidida sob a premissa do que determina a Constituição e a Lei do Fundo.

Por fim, o Ministério Público ressalta que, embora alguns Tribunais Pátrios tenham decidido pela legalidade do destaque de honorários advocatícios mesmo em ações provenientes do FUNDEF/FUNDEB, o que entende este Órgão, *data maxima venia*, ser plenamente inconstitucional, tais decisões foram proferidas em hipóteses completamente diferentes do caso em apreço, eis que exaradas em ações de conhecimento manejadas pelos escritórios de advocacia, os quais acompanharam toda a demanda, desde o ajuizamento até decisão com trânsito em julgado, e cuja legalidade do contrato advocatício não foi sequer questionada em fase nenhuma da demanda.

Referida questão, inclusive, está longe de ser pacificada, eis que o Tribunal de Contas da União, órgão técnico de controle, já sinalizou expressamente que não pode haver desvio de finalidade na aplicação dos recursos vinculados, como o do FUNDEF, como é o caso de destinação para pagamento de honorários.

A presente ação, no entanto, visa a combater **no nascedouro** uma contratação eivada de vícios em função da inexigibilidade de licitação ao arrepio dos ditames legais, de cláusulas que não estipulam preço e vinculam a remuneração a percentual que venha a ser recebido com a recuperação de valores com destinação vinculada constitucionalmente.

DA EXIBIÇÃO INCIDENTAL DE DOCUMENTOS

Os fatos já explicitados na presente ação constam do Procedimento Administrativo n.º XX instaurado por esta Promotoria de Justiça, no bojo do qual foi requisitado (fls. XX) ao Município XX e ao escritório demandado cópia do procedimento de inexigibilidade de licitação e do contrato firmado. Após o prazo das referidas requisições, o pedido de documentos foi reiterado, conforme fls. XX.

Ocorre que, até a presente data, passados mais de XXX meses (ou dias) do recebimento da primeira requisição (XX/XX/2017), não foram encaminhadas os documentos requisitados que visam a instruir o procedimento administrativo conduzido por esta Promotoria de Justiça.

Referidos documentos são essenciais à análise da presente demanda, na medida em que se objetiva a anulação do próprio contrato advocatício que os demandados insistem em não encaminhar ao Ministério Público, embora tenham sido requisitados para apresentá-los.

Sem esses documentos, haveria um dano incalculável à propositura da presente ação, razão pela qual se faz necessário a adoção do presente pedido judicial para sua obtenção, sob pena de desperdício de mais tempo nas investigações, que levaria à possibilidade de maior dificuldade de reparação dos danos eventualmente ocorrentes ao patrimônio público.

A propósito, é certo que o Ministério Público tem amplo poder de investigação, não necessitando do Poder Judiciário para expedir notificações, proceder diligências, requisitar condução coercitiva, documentos ou a prestação de informações, entre outras atividades previstas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Por outro lado, o Órgão Ministerial não tem poder de realizar diretamente a busca e apreensão ou a exibição de documentos, pois nossa Constituição, dentre outras garantias, prevê a da inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal), razão pela qual, em casos tais, deve o Ministério Público obter através do Poder Judiciário a concretização material do objeto da requisição.

É dever constitucional do Ministério Público investigar fatos que cheguem ao seu conhecimento emitindo juízo de valor e, conseqüentemente propor ação cível ou penal, se cabível.

Na presente hipótese, há necessidade da medida de exibição de documentos que se encontram ou deveriam se encontrar em poder do Município e do escritório contratado. Assim, nos termos do art. 396 do Código de Processo Civil, imperiosa a EXIBIÇÃO INCIDENTAL DE DOCUMENTOS, a seguir relacionados, por parte do Município XXXX e de João Azedo e Brasileiro Sociedade de Advogados, em razão da presente demanda pautar-se em procedimento de inexigibilidade de licitação e contratação tidos por ilegais:

1) cópia autêntica do contrato advocatício firmado com o escritório XXXXXXXX, conforme extrato publicado no DOE de _____, pag.____;

2) cópia autêntica do procedimento de inexigibilidade de licitação para a referida contratação.

Sobre o assunto, oportuna a conclusão do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) sedimentada no Enunciado n.º 283: *“Aplicam-se os arts. 319, § 1º,*

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

396 a 404 também quando o autor não dispuser de documentos indispensáveis à propositura da ação.”

DA TUTELA PROVISÓRIA DA URGÊNCIA

É cediço que o processo demandará tempo necessário para a devida instrução e demais atos que lhe são pertinentes.

A nova sistemática processual civil brasileira, estabelecida no Código de Processo Civil de 2015, alberga a possibilidade, em seu art. 300, de decisão no início do processo, garantindo a tutela provisória da urgência para resguardar, de pronto, o direito do autor, quando houver elementos que evidenciem “a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Ante a gravidade dos fatos noticiados e para evitar que graves prejuízos sejam causados ao erário municipal, mormente à educação do município demandado, perfeitamente aplicável à espécie o artigo acima citado, no intuito de ser deferida a tutela provisória da urgência.

A probabilidade do direito invocado resta evidente, vez que os termos contratuais, conforme exaustivamente demonstrado, violam os postulados do art. 60 do ADCT, as Leis do FUNDEB e do FUNDEF, bem como dispositivos da Lei n.º 8.666/93, aforta toda a jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive das Cortes de Contas do país.

Já o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, por sua vez, encontra-se presente, pois, caso se aguarde o desfecho da presente ação, incalculáveis serão os prejuízos para os combalidos cofres públicos municipais. Vultosa quantia destinada exclusivamente à educação pode sofrer desvio de finalidade ante a previsão contratual de destinação de 20% do que for auferido pelo Município judicialmente, inclusive de destaque de parte destes recursos para o pagamento de honorários advocatícios estipulados contratualmente. Forçoso notar que a declaração de nulidade tardia não produz efeitos, pois o contratado sempre poderá alegar locupletamento por parte do Estado em razão dos serviços prestados, efeitos *ex nunc*, dentre outros.

Vale dizer, decisão tardia deste Juízo, julgando procedente a ação, mas após longo decurso de tempo, equivale a dizer que o Ministério Público, o controle e a sociedade ganham, mas “não levam”. É, obviantemente, em tal contexto, os agentes públicos desidiosos é que saem na frente, apostando que o tempo e a morosidade estariam a seu favor. Enquanto isso, os recursos públicos sangram e a ilegalidade desmoraliza o controle.

Assim, pugna o Ministério Público pela concessão de tutela da urgência para, sob pena de multa diária a ser fixada por este r. juízo, a ser revertida para Fundo Estadual de Proteção dos Direitos Difusos, instituído pela Lei Estadual n.º 10.417/2016⁵:

- a suspensão do Contrato e de quaisquer pagamentos advindos de prestação de serviços advocatícios firmado entre o Município demandado e o escritório JOÃO AZEDO E BRASILEIRO SOCIEDADE DE ADVOGADOS, cujo extrato restou publicado no DOE de ____, pag. ____, até o julgamento de mérito da presente ação civil pública;
- a comunicação da suspensão do contrato à **XX** Vara da Justiça Federal do Distrito Federal.

Requer, outrossim, a cominação de multa pessoal na pessoa do Prefeito Municipal **XXXXXX**, por ato atentatório à justiça, nos termos do art. 77, IV, § 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

DO PEDIDO

Ante as razões de fato e de direito delineadas, o Ministério Público do Estado do XXXXX requer:

✓ a concessão, liminarmente, *inaudita altera pars*, nos termos do art. 12 da Lei n.º 7.347/85 e art. 300 do Código de Processo Civil, **da tutela da urgência acima requerida**, suspendendo o Contrato e quaisquer pagamentos advindos da prestação de serviços advocatícios firmado entre o Município demandado e o escritório JOÃO AZEDO E BRASILEIRO SOCIEDADE DE ADVOGADOS, cujo extrato restou publicado no DOE de ____, pag. ____, até o julgamento de mérito da presente ação civil pública, bem como comunicando a suspensão à XX Vara da Justiça Federal do Distrito Federal;

5

Banco do Brasil, agência 3846-6, Conta Corrente n.º 8156-6

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

✓ o deferimento do pedido de **Exibição Incidental de Documentos**, devendo as partes requeridas serem intimadas para apresentarem cópias autênticas do contrato advocatício e do procedimento de inexigibilidade de licitação para a referida contratação, **no prazo de 05 (cinco) dias**, nos termos do art. 398 do Código de Processo Civil, sob pena de adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias para viabilizar a exibição (art. 400, parágrafo único, do CPC);

✓ em sentença de mérito, a procedência da presente demanda, a fim de anular o contrato celebrado entre o Município réu e o escritório JOÃO AZEDO E BRASILEIRO SOCIEDADE DE ADVOGADOS, que trata sobre a recuperação das verbas do VMAA.

✓ a citação dos réus para, querendo, responderem aos termos da presente ação, sob pena das cominações aplicáveis, e acompanhá-la até o final;

✓ a produção de toda e qualquer modalidade de prova lícita e necessária, inclusive pericial;

✓ a condenação dos requeridos ao pagamento das custas e despesas processuais de praxe.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para fins do art. 258 do Código de Processo Civil.

Nestes Termos

Aguarda deferimento

XXXXXX, de 2018.

XXXXXXXX
Promotor de Justiça

Modelo VI

(Petição para julgamento antecipado da demanda)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE XXXXXX/xx

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO XXXXX**, por intermédio de sua representante infra-assinada em exercício nesta Comarca, vem, nos autos do Processo n. XXXX, expor e requerer o que segue.

Versam os autos sobre Ação Civil Pública com pedido de tutela de urgência em face do Município **XXXX** e de João Azedo e Brasileiro Sociedade de Advogados objetivando a anulação de contrato advocatício considerado ilegal, lesivo ao patrimônio público e ao patrimônio público educacional dos alunos desta municipalidade.

Colacionou-se à inicial o contrato de advocacia firmado com o Município de **XXXX**, cuja contratação em epígrafe **envolve milhões de reais** e prevê, como pagamento pela prestação dos serviços, a título de “risco”, que o valor dos honorários advocatícios será a quantia correspondente a 20% (vinte por cento) do montante auferido com a execução do objeto do contrato, a ser pago no momento que o Município perceber o crédito, chegando também à cifra de milhões de reais. Vale dizer, o Município demandado firmou contrato *ad exitum* com referido escritório de advocacia, destacando 20% de tudo que for auferido judicialmente ao pagamento do contratado, incorrendo assim em **tripla ilegalidade**: **1)** a primeira concernente à contratação de escritório de advocacia por inexibibilidade de licitação, contrariando a regra de realização de concurso público para contratação de procurador do ente público interessado, bem como a previsão de que a contratação por inexigibilidade é medida excepcionalíssima, que deve ocorrer quando configurada e comprovada a necessidade de serviços de profissional de **notória especialização**, nos termos do art. 25, II, § 1º, da Lei 8666/93; **2)** a segunda refere-se à celebração de contrato de risco que não estabelece preço certo na contratação e que vincula a remuneração do contratado a um percentual sobre o crédito a ser auferido, em desacordo com os arts. 5º, 6º, VIII e 55, III e V, da Lei n. 8.666/93, e **3)** a terceira relacionada à previsão de pagamento do contratado com recursos que possuem destinação vinculada à manutenção

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

e desenvolvimento da educação de qualidade.

Ressalte-se que a presente ação constitui uma das fases da ação articulada da Rede de Controle do XXXXXXXXX na Campanha “O Dinheiro do FUNDEF é da educação”. No pormenor, destacam-se como resultados desta ação interinstitucional a decisão da Ministra Cármen Lúcia da SS 5182/MA, que confirmou o poder de cautela dos Tribunais de Contas, e as decisões TCU 1824/2017-Plenário, de **23/08/2017**, e 1962/2017-Pelnário, de 06/09/2017, este último acórdão julgando embargos de declaração opostos contra a primeira decisão da Corte da Contas.

No Acórdão TCU 1824/2017-Plenário, proferido nos autos do Processo n.º 005.506/2017-4, que conheceu e acatou os argumentos lançados na representação formulada pelo Ministério Público do Estado do XXXXXXXXX, Ministério Público Federal e Ministério Público de Contas, o TCU confirmou o entendimento de que os recursos decorrentes do pagamento da diferença de complementação do FUNDEF, a serem recebidos pelos Municípios por meio de precatório judicial, **devem ser empregados integralmente na manutenção e desenvolvimento do ensino, em virtude da vinculação constitucional do fundo.** O TCU decidiu, também, que **qualquer utilização dos referidos valores para áreas outras, tal como para pagamento de honorários advocatícios, será considerado desvio de finalidade**, suscetível de responsabilização do gestor e de eventuais beneficiários por Tomada de Contas Especial.

Oportuna a transcrição da ementa do Acórdão do TCU 1824/2017:

“REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO MARANHÃO. IRREGULARIDADES NA DESTINAÇÃO DO PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DEVIDA PELA UNIÃO NO ÂMBITO DO EXTINTO FUNDEF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONDENANDO A UNIÃO AO PAGAMENTO DOS VALORES JÁ TRANSITADA EM JULGADO. CONTRATAÇÃO DE TRÊS ESCRITÓRIOS DE ADVOGACIA, POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, COM A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS CORRESPONDENTES A 20% DO ÊXITO, POR CENTO E DEZ MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO. RISCO DE DESVIO DE RECURSOS CONSTITUCIONALMENTE VINCULADOS À EDUCAÇÃO PARA O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS EM RAZÃO DO ARTIGO 22, §4º, DA LEI 8906/1994. VINCULAÇÃO DE ORDEM CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM FINALIDADE DIVERSA. PLÚRIMAS IRREGULARIDADES. DANO AO ERÁRIO. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE QUE DEU CAUSA AOS DESVIOS. IRREGULARIDADES GRAVÍSSIMAS. DETERMINAÇÕES.”

Na mesma linha do entendimento esposado na presente Ação Civil Pública, o **Supremo Tribunal Federal, no dia 06/09/2017**, no julgamento das Ações

Originárias (ACOs) 648, 660, 669 e 700, ajuizadas, respectivamente pelos Estados da Bahia, do Amazonas, de Sergipe e do Rio Grande do Norte, condenou a União ao pagamento de diferenças relacionadas à complementação do FUNDEF e **determinou que os recursos recebidos retroativamente deverão ser destinados exclusivamente à educação.**

Reiterando esse posicionamento, o **Supremo Tribunal Federal decidiu em 12/09/2017**, na Suspensão de Liminar (SL) 1107, formulada pelo Município de Marituba-PA, em face da Relatora do Agravo de Instrumento nº. 0007950-02.2017.4.01.0000, do TRF 1ª Região, que “...o precatório titularizado pelo Município não se presta para o pagamento de dívidas outras diversas daquelas referentes à ‘manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica, **entre as quais não se inclui o pagamento de honorários advocatícios**”.

E, **em 07 de junho de 2018**, o Ministro Edson Fachin, nos autos do ARE 1122529 AgR/PE, decidiu que a verba complementar da União ao FUNDEF não perde sua natureza e finalidade, permanecendo vinculada à manutenção e desenvolvimento da educação, proibindo seu uso para pagamento de honorários advocatícios. Decisão de igual teor foi proferida no ARE 1.140.049/PE, pelo mesmo Ministro, **em 20/08/2018**.

Ainda no âmbito da Campanha “O Dinheiro do FUNDEF é da educação”, o Ministério Público de Contas ingressou com representações junto ao TCE/MA, em que foram deferidas as cautelares suspendendo o pagamento dos honorários e determinando que os municípios adotassem providências administrativas, dentre as quais a anulação dos contratos. O julgamento de mérito das representações teve início em dezembro de 2017, já tendo sido julgados, até a presente data, 11 (onze) representações, todas no sentido da ilegalidade da contratação dos escritórios de advocacia nas condições antes descritas;

A respeito, merece destaque a ementa de um desses julgamentos, cujo teor tem sido aplicado em todos os casos semelhantes:

“Representação formulada pelo Ministério Público de Contas em desfavor do município de Cururupu, representado pela prefeita, senhora Rosária de Fátima Chaves. Suposta ilegalidade na contratação direta de escritórios de advocacia para a realização de serviços jurídicos visando o recebimento dos valores decorrentes de diferenças do FUNDEF pela subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA), previsto na Lei do FUNDEF n.º 9.424/96. Conhecer. Considerar procedente a representação e ilegal o Procedimento de Inexigibilidade nº 001/2016. Manter a medida cautelar deferida. Determinar. Recomendar. Comunicar.”

Na fundamentação do referido julgamento, destaca-se o trecho a seguir:

“2.13 No entanto, ao se manifestar após a defesa apresentada e as manifestações dos interessados, a Unidade Técnica emitiu o Relatório de Instrução conclusivo, no qual sugere:

[...] 3. CONCLUSÃO

Por todo exposto, constatou-se que o contrato de prestação de serviços advocatícios firmado entre o Município Representado e o escritório João Azedo e Brasileiro Advogados Associados possui gravíssimas irregularidades que maculam sua existência, uma vez que foi firmado sem prévio certame licitatório que assegurasse igual oportunidade a todos os interessados, não previu preço certo e determinado baseado em valor de mercado, nem apresentou dotação orçamentária específica para custear as despesas e, ainda, previu o pagamento por meio de parcela significativa da complementação do Fundef, verba vinculada a investimento em educação, motivo pelo qual entende esta UTCEX que deve ser DECLARADA A NULIDADE DO CONTRATO.”

E na parte dispositiva, a Corte de Contas decidiu:

[...] b) considerar procedente a representação e ilegal o Procedimento de Inexigibilidade nº 001/2016, que deu origem ao contrato celebrado entre o município de Cururupu e o escritório João Azedo e Brasileiro Sociedade de Advogados, bem como todos os atos administrativos dele decorrentes, por afronta ao art. 37, inciso XXI da Carta Política de 1988 e arts. 3º, caput, 7º, §2º, II e III, 13, 25, II, 55, III e V, da Lei nº 8.666/1993, posto que ausentes os requisitos de singularidade e complexidade do objeto para realização do processo de dispensa por inexigibilidade, o que afronta os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e competitividade; [...]”

E mais recentemente, em 10/10/2018, a primeira Seção do **Superior Tribunal de Justiça**, por ampla maioria, mudou o entendimento adotado em 2016, e decidiu no REsp 1.703.697/PE, pela **impossibilidade de destaque de honorários advocatícios sobre as verbas de precatórios do FUNDEF**, pois referidas verbas são afetadas constitucionalmente e não podem ter sua destinação alterada, alinhando-se aos entendimentos do STF e do TCU, conforme ementa a seguir:

“XXXXX”.

Assim, verifica-se que:

✓ o Tribunal de Contas do Estado do XXXXXXXX possui o entendimento de que os contratos firmados com escritórios de advocacia para recuperação de valores do FUNDEF, firmados por inexigibilidade de licitação, sem preço certo e com previsão

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

de pagamento com recursos constitucionalmente vinculados à educação são ilegais e, portanto, nulos;

✓ o TCU firmou o entendimento de que qualquer utilização dos valores dos precatórios em áreas que não sejam ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, tal como para pagamento de honorários advocatícios, será considerado desvio de finalidade, suscetível de responsabilização do gestor e de eventuais beneficiários por Tomada de Contas Especial;

✓ o Supremo Tribunal Federal entende que os recursos dos precatórios do FUNDEF não perdem sua natureza e finalidade, permanecendo vinculada à manutenção e desenvolvimento da educação, em cujas despesas não se inclui o pagamento de honorários advocatícios;

✓ o Superior Tribunal de Justiça mudou seu posicionamento anterior e decidiu pela impossibilidade de destaque de honorários advocatícios sobre as verbas de precatórios do FUNDEF, pois referidas verbas são afetadas constitucionalmente e não podem ter sua destinação alterada.

Por fim, há que se fazer um registro de que, por força de decisão liminar do Desembargador Fábio Prieto, do TRF 3 Região, datada de 22/09/2017, na Ação Rescisória 5006325-85.2017.4.03.0000, **todas as execuções com na base na ACP de São Paulo estão suspensas**, suspensão esta confirmada pelo STJ no CC 159.750. Nessa esteira, o julgamento pela ilegalidade do contrato advocatício ora impugnado não trará prejuízo algum ao Município réu, que terá tempo suficiente para, por meio de sua procuradoria municipal, intervir no cumprimento de sentença já ajuizado para acompanhamento de seus termos.

Resta plenamente comprovado nos presentes autos, destarte, que a matéria jurídica de fundo da presente demanda está fortemente sedimentada pelos entendimentos das Cortes de Conta – TCE/MA e TCU –, pelo Supremo Tribunal Federal e agora pelo Superior Tribunal de Justiça, não havendo mais necessidade de produção de outras provas, o que autoriza, segundo o art. 355, I, do Código de Processo Civil, o julgamento antecipado do pedido, com resolução de mérito.

DO REQUERIMENTO

Diante do exposto, considerando os documentos constantes dos

autos, bem como as decisões do Tribunal de Contas do Estado do XXXXXXXX, do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, requer o Ministério Público o julgamento antecipado do pedido, com resolução de mérito, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil, para anular o contrato celebrado entre o Município réu e o escritório João Azedo e Brasileiro Sociedade de Advogados, que trata sobre a recuperação das verbas do VMAA.

XXXXXX, de 2018.

XXXXXXX
Promotor de Justiça

MODELO VII

(Suscitação de Conflito negativo de competência)

Processo n.º 672-84.2018.8.10.0143(7432018)

Autor: Sindicato dos Trabalhadores em Educação Básica das Redes Públicas Estadual e Municipais do Estado do Maranhão – SIMPROESEMMA

Réu: Município de Cachoeira Grande/MA

MM.^a Juíza,

Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de tutela de urgência, ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação Básica das Redes Públicas Estadual e Municipais do Estado do XXXXXXXX – SIMPROESEMMA em face do Município de Cachoeira Grande/MA, objetivando obrigação de fazer consistente na destinação dos recursos do Precatório n.º 141132-72.2016.4.01.9198 exclusivamente na promoção e desenvolvimento da educação básica, bem como no atendimento do percentual de 60% (sessenta por cento) do valor total do precatório para a valorização dos profissionais do magistério.

Consta pedido de tutela de urgência para bloqueio dos valores incontroversos constantes do Precatório n.º 141132-72.2016.4.01.9198, nos autos do processo n.º 0200737000073392, que tramita na 5ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do XXXXXXXX/MA, a fim de que o desbloqueio somente ocorra: a) mediante depósito e manutenção desses recursos incontroversos em conta específica do FUNDEB; b) destinação integral desses valores incontroversos à área da educação municipal; e c) destinação de, pelo menos, 60% (sessenta por cento) desses valores incontroversos para o pagamento de professores, em respeito aos comandos do art. 60 do ADCT c/c às Leis n.ºs 9.424/96 e 11.494/07.

Foram juntados os documentos de fls. 15 a 45 (frente e verso, com exceção da fl. 45).

A presente ação foi instaurada perante a Justiça Federal, com pedido de distribuição à 5ª Vara de São Luís, por prevenção.

Às fls. 48/51, consta manifestação da União informando não possuir interesse na composição da lide, oportunidade em que requereu, antes da decisão acerca da competência, a oitiva do Ministério Público Federal.

Repousa às fls. 72-verso/75-verso decisão pela incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, com declinação de competência à Justiça Estadual.

Recebidos os autos na Comarca de Morros, vieram os autos ao Ministério Público para manifestação.

PRELIMINARMENTE: DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A presente demanda tem como objetivo a correta aplicação de recursos pagos pela União ao Município de Cachoeira Grande, em sede do Precatório n.º 141132-72.2016.4.01.9198, expedido nos autos do processo n.º 0200737000073392, que tramitou perante o juízo da 5ª Vara da Justiça Federal de São Luís.

Pugna o autor, assim, por comando judicial que determine ao Município que utilize os recursos provenientes do referido precatório exclusivamente em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como que destine, no mínimo, 60% (sessenta por cento) desses valores na valorização dos profissionais do magistério. Informa, ainda, o requerente que já tramita perante a mesma 5ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do XXXXXXXX, Ação Civil Pública movida pela União em face do Município de Cachoeira Grande e o escritório João Azedo e Brasileiro Sociedade de Advogados, objetivando a nulidade do contrato advocatício firmado entre as partes.

Verifica-se, assim, que a causa versa sobre a correta aplicação dos recursos provenientes de Precatório oriundo de diferenças pagas ao Município de Cachoeira Grande a título de complementação do FUNDEF pela União, em face de ter havido entre os anos de 1998 a 2006 um cálculo a menor do Valor Mínimo Anual por Aluno – VMAA a ser repassado aos Municípios.

Os recursos decorrentes do referido precatório são integralmente provenientes da complementação da União do FUNDEF, fazendo incidir, portanto, o interesse

da União e dos órgãos de controle federais na aplicação dos recursos. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n.º 1824/2017, assim se manifestou:

“78. Examinando, neste momento, a questão apenas sob a ótica da vinculação da aplicação dos recursos do Fundef, cabe reforçar que a ocorrência de transferência da União aos estados e municípios a título de complementação do Fundef/Fundeb confere ao TCU competência para fiscalizar tais repasses e sua aplicação, por se tratar de recursos federais, em consonância com jurisprudência pacífica deste Tribunal (Acórdãos TCU 2584/2014-TCU-Plenário, 5684/2014-TCU-1ª Câmara, 3686/2014-TCU-2ª Câmara, e 665/2009-TCU-Plenário).” (Grifou-se)

No Acórdão n.º 1962/2017, por sua vez, ao julgar embargos de declaração opostos em face do Acórdão n.º 1824/2017, o Tribunal de Contas da União firmou o entendimento pela competência concorrente entre os Tribunais de Contas dos Estados e a Corte de Cortas da União na fiscalização da aplicação dos recursos do FUNDEF/FUNDEB quando houver complementação da União, conforme excertos a seguir transcritos:

“A jurisprudência deste Tribunal sempre caminhou no sentido de que a fiscalização da aplicação dos recursos do Fundeb, quando há a complementação da União, é da competência concorrente entre o Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas do Estado e/ou dos Municípios, conforme o caso.

[...]

A extinção do Fundef e sua substituição pelo Fundeb não ensejou alteração nesse quadro de competências comuns, como bem se observa da disciplina da Lei 11.494/2007, cujo art. 26 encontra-se assim vazado:

Art. 26. A fiscalização e o controle referentes ao cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal e do disposto nesta Lei, especialmente em relação à aplicação da totalidade dos recursos dos Fundos, serão exercidos:

I - pelo órgão de controle interno no âmbito da União e pelos órgãos de controle interno no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - pelos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, junto aos respectivos entes governamentais sob suas jurisdições;

III - pelo Tribunal de Contas da União, no que tange às atribuições a cargo dos órgãos federais, especialmente em relação à complementação da União.

Resta evidente, na lei, que compete especialmente ao TCU - mas não exclusivamente - fiscalizar a utilização de recursos do Fundeb quando houver complementação da União. Ademais, para afastar qualquer dúvida a respeito da competência concorrente, a lei assim disciplinou a defesa judicial do cumprimento das normas do Fundeb:

[...]” (Grifou-se)

Dessa forma, tratando a presente demanda sobre a forma de aplicação dos recursos dos precatórios decorrentes da complementação da União ao FUNDEF, tanto em relação à sua vinculação às ações de manutenção e desenvolvimento do ensino

quanto à aplicação (ou não) da subvinculação prevista no art. 22 da Lei n.º 11.494/2007, resta nítido interesse da União, embora haja expressa manifestação da AGU nos autos em sentido contrário, e dos órgãos de controle federais, entre eles o **Ministério Público Federal, o qual não foi sequer instado a se manifestar antes de ser proferida a decisão de declinação de competência**, como a própria AGU requereu às fls. 48/51.

A respeito, oportuna a transcrição do entendimento da Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, acerca da competência da Justiça Federal para julgamento de caso semelhante ao dos autos:

“Inicialmente, ao menos numa análise sumária, parece-me equivocada a premissa na qual se fundamentou a sentença para concluir pela incompetência da justiça federal. Em diversos precedentes, a Segunda, Terceira e Quarta Turmas deste Tribunal entenderam pela impossibilidade de desvinculação, de sua destinação originária, dos valores a serem recebidos pelo ente municipal em precatório, a título de complementação do FUNDEF, sustentando-se que a forma de cumprimento da obrigação (se administrativa ou judicial) não é de molde a modificar a natureza do crédito, que continua destinado à área de educação, não se tratando, pois, de verba indenizatória [1].

Logo, se se entender pela destinação específica da verba, ainda que oriunda do pagamento de precatório, é possível concluir, diferentemente do que fez a sentença atacada, que a competência para o processo e julgamento da ACP é mesmo da Justiça federal, diante da necessidade de prestação de contas perante o TCU.

*Os recursos que se pretende manter vinculados à educação são do FUNDEF - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, sucedido pelo atual FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação e advieram de complementação da União, na forma do art. 6º da Lei nº 9.424/19962, na redação anterior à revogação pela lei do FUNDEB. **Havendo complementação da União, existe legitimidade do MPF e competência de Justiça Federal, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:***

Decisão: Trata-se de conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público do Rio Grande do Norte e o Ministério Público Federal, no qual se discute qual dos órgãos deve proceder à apuração de irregularidades na aplicação de recursos provenientes do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), bem como propor eventuais ações cabíveis nos âmbitos cível e penal. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte determinou o encaminhamento dos autos do Inquérito Civil

006/2007 – instaurado para apurar malversação de recursos do FUNDEF no Município de Jandaíra – à Procuradoria da República daquele Estado, para que o Parquet Federal adotasse as medidas que porventura entendesse pertinentes (fls 31-35). Sustentou, para tanto, que recentes decisões desta Suprema Corte reconhecem tal atribuição aos Ministérios Públicos dos Estados membro, mesmo daqueles que não recebam complementação de verbas federais, como é o caso do Rio Grande do Norte e de São Paulo. Contudo, o Ministério Público Federal não reconheceu sua atribuição para officiar no feito, ao fundamento de que a competência da Justiça Federal, tanto na esfera cível quanto criminal, verifica-se apenas quando ocorre a complementação dos recursos do FUNDEF pela União (fls. 40-44 do apenso). Quanto ao mérito, a questão posta à análise cinge-se à definição de qual Ministério Público – Estadual ou Federal – possui atribuição para apurar irregularidades na aplicação de verbas provenientes do FUNDEF e, conseqüentemente, para propor a ação civil e penal, eventualmente cabíveis. Pela redação do dispositivo, a Justiça Federal apenas será competente se a União possuir interesse que lhe permita atuar como autora, ré, assistente ou oponente.

Esta Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que, inexistindo complementação de verbas federais ao FUNDEF, a ação de improbidade administrativa para reparação do dano ao erário em caso de desvio dos recursos é de atribuição do Ministério Público estadual. Isso porque, não estando envolvidas verbas federais, não se justifica a intervenção da União, por ausência de interesse. Assim, na esfera cível, a competência da Justiça Federal ou da estadual e, conseqüentemente, a atribuição do Ministério Público Federal ou estadual, quanto a desvio de recursos do FUNDEF, será fixada em razão de existir ou não complementação por verbas federais. (ACO 2094 RN. Min. LUIZ FUX. Julgamento em 04/02/2015, DJe-026 DIVULG 06/02/2015 PUBLIC 09/02/2015) (grifos e destaques acrescidos).

(SL 1113 MC, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CÁRMEN LÚCIA, julgado em 20/12/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 31/01/2018 PUBLIC 01/02/2018)". (Grifou-se)

Destarte, diante da existência de recursos federais advindos da complementação da União ao FUNDEF, e da ação versar sobre a correta aplicação desses recursos, competente para apreciação do feito é a Justiça Federal, razão pela qual pugna o Ministério Público que seja **suscitado o conflito negativo de competência**.

DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

Caso Vossa Excelência entenda não ser o caso de suscitar o conflito de competência, passa o Ministério Público a se manifestar, desde logo, quanto ao pedido de tutela de urgência requerido pela parte autora, o qual deve ser **parcialmente deferido**.

O pedido de bloqueio dos valores do precatório foi realizado com a finalidade de que: a) o depósito dos recursos sejam realizados em conta específica do FUNDEF; b) os recursos sejam destinados integralmente à área da educação; e c) 60% desses recursos sejam destinados para o pagamento de professores. Passa-se à análise de cada item requerido pelo Sindicato autor.

No entanto, com o propósito de facilitar a análise do pedido, necessário que se adentre na natureza dos recursos provenientes do Precatório n.º 141132-72.2016.4.01.9198, expedido no processo n.º 0200737000073392, razão pela qual este Órgão Ministerial abordará, primeiramente, o item da destinação dos recursos à área da educação.

B. DESTINAÇÃO DOS RECURSOS ÀS AÇÕES DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO:

Os recursos a serem recebidos pelo Município de Cachoeira Grande são provenientes de diferenças nos repasses a título de complementação do FUNDEF pela União nos anos de 1998 a 2006. Com efeito, por força do art. 6º da Lei nº 9.424/96, atualmente revogada, deveria a União complementar os recursos por ela repassados aos demais entes federativos quando, no âmbito de cada Estado ou Município, seu valor por aluno não alcançasse o mínimo definido nacionalmente.

O cálculo do Valor Mínimo Anual por Aluno (VMAA) deveria ser feito na esteira do § 1º do art. 6º da Lei nº 9.424/96, tendo o ente federal, durante os anos de 1998 a 2006, no entanto, subestimado o referido valor, limitando-se a atualizar anualmente os importes devidos ao FUNDEF com base no que foi transferido em 1997, o que teria resultado em um deficit nas transferências por ele efetuadas aos demais entes.

A matéria restou pacificada somente após o Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se da técnica de julgamento de recursos repetitivos, ter fixado, no REsp 1.101.015/BA, tese em que definido o modo pelo qual deve ser interpretado o art. 6º, §1º, da Lei nº 9.424/96, para fins de cálculo do VMMA (Valor Mínimo Anual por Aluno), primordial para a constatação do valor das transferências devidas pela União ao FUNDEF: *“(…) para fins de complementação pela União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental - FUNDEF (art. 60 do ADCT), com redação dada pela EC 14/96, o Valor Mínimo Anual por Aluno VMMA, de que trata o art. 6º, §1º, da Lei 9.424/96, deve ser calculado levando em conta a média nacional. (relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 02/06/2010)”*

Ora, se o motivo da condenação foi que a União, no passado, fez depósitos insuficientes na conta vinculada do FUNDEF, então o destino dessa diferença que agora pretende receber o Município deve ser, por imperativo lógico e jurídico, a própria finalidade do FUNDEF, devendo portanto tais recursos ter sua aplicação vinculada à educação.

Isso porque, se a ação ajuizada tem como causa de pedir o fato de que a União efetuou repasses insuficientes para a conta do FUNDEF e pretende que seja determinada a complementação desses repasses, então resta evidente que a finalidade dos recursos derivados da condenação é a mesma finalidade que motivou a própria condenação: a conta do FUNDEF, com seus propósitos vinculados de manutenção do ensino.

Como cediço, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, atualmente substituído pelo Fundo de Manutenção e desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos profissionais da educação – FUNDEB, foi instituído pela Emenda Constitucional n. 14/96, que deu nova redação ao art. 60 do ADCT, como um fundo de natureza contábil (§ 1º do art. 60), que assegurava aos Estados e Municípios o repasse automático de seus recursos, de acordo com os coeficientes de distribuição previamente estabelecidos e publicados.

A Lei n.º 9.424/96, que regulamentou o art. 60 do ADCT, definiu mais ainda os contornos do FUNDEF, disciplinando a organização do Fundo, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle. A supramencionada lei também regravava a forma de cálculo do mínimo nacional por aluno e determinava expressamente que seus recursos fossem obrigatoriamente aplicados na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério.

Assim, a referida lei já vinculava a destinação do Fundo a certos objetivos, os quais restaram mantidos com a criação do FUNDEB pela EC n.º 53/2006 e pela Lei 11.494/2007, em substituição ao FUNDEF.

De igual forma, o art. 8º, parágrafo único, da LC n.º 101/2000 dispõe, *verbis*:

“Art. 8º, parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.”

Desta forma, resta cristalino que os valores a serem recebidos pelo Município de Cachoeira Grande, via precatório, devem ser revertidos em sua totalidade às ações de educação constitucional e infraconstitucionalmente previstas. Não há espaço para discricionariedade na decisão do gestor de como o crédito será utilizado/gasto.

Assim, percebe-se que da mesma forma que ocorria com o FUNDEF, atualmente 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 caracterização de ato de improbidade administrativa, possibilitando, inclusive, intervenção nos Municípios.

Ora, facultar que recursos relacionados ao extinto FUNDEF sejam destinados ao custeio de quaisquer despesas se mostra absolutamente ilógico e contraproducente. É por demais contraditório pleitear que a União repasse os valores seguindo a metodologia correta do FUNDEF **(não atendimento do valor mínimo por aluno/ano considerando-se a média nacional, o que gerou o direito à complementação)** e, em logrando êxito na ação, negar que os valores agora percebidos se caracterizam como verbas decorrentes do fundo, afirmando que dispõem agora de natureza diversa, sem as suas naturais vinculações.

A tese ora esposada já foi amplamente debatida no âmbito do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal, cujas cortes confirmaram, no âmbito administrativo e judicial, a vinculação dos recursos dos precatórios às ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, rechaçando a tese de que referidas verbas teriam natureza indenizatória e, portanto, de que poderiam ser aplicadas em áreas outras que não a da educação.

Nesta esteira, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n.º 1824/2017, que julgou representação do Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal e Ministério Público de Contas, todos do Estado do Maranhão, confirmou o entendimento pela vinculação dos recursos dos precatórios pagos pela União a título de complementação do FUNDEF, conforme ementa a seguir:

“REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO MARANHÃO. IRREGULARIDADES NA DESTINAÇÃO DO PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DEVIDA PELA UNIÃO NO ÂMBITO DO EXTINTO FUNDEF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONDENANDO A UNIÃO AO PAGAMENTO DOS VALORES JÁ TRANSITADA EM JULGADO. CONTRATAÇÃO DE TRÊS ESCRITÓRIOS DE ADVOGACIA, POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, COM A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS CORRESPONDENTES A 20% DO ÊXITO, POR CENTO E DEZ MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO. RISCO DE DESVIO DE RECURSOS CONSTITUCIONALMENTE VINCULADOS À EDUCAÇÃO PARA O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS EM RAZÃO DO ARTIGO 22, §4º, DA LEI 8906/1994. VINCULAÇÃO DE ORDEM CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM FINALIDADE DIVERSA. PLÚRIMAS IRREGULARIDADES. DANO AO ERÁRIO. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE QUE DEU CAUSA AOS DESVIOS. IRREGULARIDADES GRAVÍSSIMAS. DETERMINAÇÕES.”

Oportuna, nesse pórtico, a transcrição dos seguintes fundamentos do referido acórdão:

[...] 72. Assim, como se observa, os recursos a serem repassados aos estados/municípios – embora advenham de pagamentos a serem efetuados via precatórios – têm origem vinculada aos recursos provenientes do Fundef. Uma vez que a origem desses recursos é vinculada ao referido fundo, conclui-se que sua destinação também deve ser vinculada às finalidades do Fundef/Fundeb, a saber, o dispêndio exclusivo em manutenção e desenvolvimento do ensino.

[...] 82. Assim, mesmo que esses recursos da União sejam repassados por meio de precatório, proveniente do Tesouro Nacional, a natureza de sua despesa permanece vinculada ao Fundef, cuja aplicação deve ser exclusiva no ensino, por força da Constituição Federal e lei específica. Ou seja, se os recursos repassados pertencem à complementação da União ao Fundef, compete ao TCU a fiscalização para que sua aplicação seja destinada para a finalidade específica, prevista constitucional e infraconstitucionalmente.

[...] 86. Desse modo, entende-se que a vinculação dos recursos do Fundef é impositiva, não podendo haver qualquer outra utilização que não contemple a finalidade constitucional e infraconstitucional conferida ao Fundef/Fundeb, que é a aplicação de seus recursos exclusivamente no ensino. Nesse sentido, a Lei Complementar 101, em seu art. 8º, parágrafo único, é taxativa nos seguintes termos: “Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso” (grifos inseridos).

[...] 95. Desse modo, resta claramente definida a vinculação da aplicação dos recursos oriundos do Fundef/Fundeb. Conclui-se, assim, diante de todo o

exposto, que o uso de recursos originalmente vinculados ao Fundef para pagamento de honorários advocatícios configura destinação de verba vinculada ao Fundeb para finalidade diversa da educação, contrariando previsão constitucional e infraconstitucional.

De igual forma, o **Supremo Tribunal Federal**, no dia 06/09/2017, no julgamento das Ações Originárias (ACOs) 648, 660, 669 e 700, ajuizadas, respectivamente pelos Estados da Bahia, do Amazonas, de Sergipe e do Rio Grande do Norte, condenou a União ao pagamento de diferenças relacionadas à complementação do FUNDEF e **determinou que os recursos recebidos retroativamente deverão ser destinados exclusivamente à educação.**

Reiterando esse entendimento, a Ministra Cármen Lúcia, do **Supremo Tribunal Federal**, decidiu, em 12/09/2017, na Suspensão de Liminar (SL) 1107, formulada pelo Município de Marituba-PA em face do Agravo de Instrumento nº. 0007950-02.2017.4.01.0000, do TRF 1ª Região, que “...o **precatório titularizado pelo Município não se presta para o pagamento de dívidas outras diversas daquelas referentes à ‘manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica, entre as quais não se inclui o pagamento de honorários advocatícios’.**”

Em 07 de junho de 2018, o Ministro Edson Fachin, nos autos do ARE 1122529 AgR/PE, decidiu que **a verba complementar da União ao FUNDEF não perde sua natureza e finalidade, permanecendo vinculada à manutenção e desenvolvimento da educação**, proibindo seu uso para pagamento de honorários advocatícios. Referido posicionamento foi confirmado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n.º 1.140.049/PE, **em 20/08/2018.**

Resta cristalino, assim, que as verbas provenientes do Precatório n.º 141132-72.2016.4.01.9198, a serem pagas pela União ao Município de Cachoeira Grande/MA, a título de complementação ao FUNDEF, permanecem com sua vinculação constitucional, devendo ser aplicadas integralmente em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, razão pela qual manifesta-se o Ministério Público pelo deferimento do pedido de tutela de urgência constante do item 2, a.b, da inicial, eis que presentes a probabilidade do direito invocado nos argumentos acima lançados, bem como o perigo da utilização dos recursos em áreas outras que não a educação, o que evidencia o risco ao resultado útil do processo.

A. DEPÓSITO DOS RECURSOS NA CONTA DO FUNDEB:

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

Em virtude da vinculação dos recursos do Precatório n.º 141132-72.2016.4.01.9198, necessário que o depósito dos valores seja realizado em conta específica a ser aberta exclusivamente para este fim, em face da natureza extraordinária dos recursos, com o desiderato de que não se misturem com os recursos ordinários do FUNDEB e facilitem a fiscalização de sua aplicação.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1962/2017, julgando embargos de declaração opostos em face do Acórdão 1824/2017, entendeu que **“não se revela recomendável misturar os recursos advindos de precatórios com os recursos ordinários da Fundeb, especialmente porque, como visto, são verbas que deverão ter regras de aplicação distintas. Os recursos ordinários, ou seja, aqueles que se repetem ano a ano, devem se sujeitar, por exemplo, à subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei 11.494/2007. Já os recursos de natureza extraordinária, como este tratado nos autos, não possuem essa subvinculação específica. Revela-se mais adequado que a gestão desses recursos extraordinários seja feita em conta específica até para garantir a efetiva finalidade e rastreabilidade dos recursos, auxiliando o FNDE e os demais órgãos de controle na plena verificação da regular aplicação dos recursos, como previsto na determinação do item 9.3 do Acórdão 1824/2017-Plenário”**. (Grifou-se)

Nessa esteira, conferiu efeitos infringentes aos embargos de declaração para conferir a seguinte redação ao item 9.2.2.1. do Acórdão 1.824/2017-TCU-Plenário: **“9.2.2.1. recolhimento integral à conta bancária do Fundeb, prevista no art. 17 da Lei 11.494/2007, ou outra conta criada exclusivamente com esse propósito, a fim de garantir-lhes a finalidade e a rastreabilidade;”**

Assim, manifesta-se o Ministério Público, nos termos do entendimento sufragado pelo TCU no Acórdão 1962/2017, que o depósito dos valores do Precatório n.º 141132-72.2016.4.01.9198 seja realizado em **conta exclusivamente criada para esse propósito**, a fim de garantir-lhes a finalidade constitucional e rastreabilidade, evitando-se, assim, misturar os recursos advindos de precatórios com os recursos ordinários da FUNDEB.

C. DESTINAÇÃO DE, PELO MENOS, 60% DESSES VALORES PARA PAGAMENTO DE PROFESSORES:

Neste pórtico, entende o Ministério Público não assistir razão ao Sindicato autor, em face da natureza extraordinária dos recursos do Precatório n.º 141132-72.2016.4.01.9198.

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

Em recente decisão **(17/05/2018)**, no MS 35.675, o Ministro Barroso também se posicionou sobre o tema, ao indeferir pedido de cautelar em Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Estado do Pará - SINTEPP, que pedia a suspensão da parte do Acórdão 1824/2017 do TCU sobre o afastamento da subvinculação, entendendo:

*“[...] É verdade que, no julgamento das ações civis ordinárias nºs 648, 660, 669 e 700, o pleno desta Corte, ao confirmar a condenação da União ao pagamento da diferença do Fundef/Fundeb, manteve a vinculação da receita à educação . Esse fato, todavia, não importa em reconhecer de forma automática que deva ser mantida a subvinculação de 60% para pagamento de remuneração dos profissionais do magistério como requer a impetrante. A probabilidade do direito invocado é esvaziada, principalmente, por conta de dois argumentos. **Em primeiro lugar, o art. 22 da Lei nº 11.494/2007 faz expressa menção a 60% dos “recursos anuais”, sendo razoável a interpretação que exclui de seu conteúdo recursos eventuais ou extraordinários, como seriam os recursos objeto deste mandado de segurança. Em segundo lugar, a previsão legal expressa é de que os recursos sejam utilizados para o pagamento da “remuneração dos professores no magistério”, não havendo qualquer previsão para a concessão de abono ou qualquer outro favorecimento pessoal momentâneo, e não valorização abrangente e continuada da categoria. [...]”** (Grifou-se)*

A subvinculação prevista no art. 22 da Lei n.º 11.494/2007 também foi afastada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n.º 1824/2017 e confirmada pelo Acórdão n.º 1962/2017, nos seguintes termos:

“105. Em termos práticos, devido ao expressivo montante a ser recebido pelos municípios, tem-se como real a possibilidade de aumentos totalmente desproporcionais aos profissionais do magistério, havendo inclusive o risco de superação do teto remuneratório constitucional, caso se aplique a literalidade do supracitado normativo. Quando se esvaírem os recursos extraordinariamente recebidos, não poderão os municípios reduzir salários em virtude da irredutibilidade salarial.

106. Cabe registrar, ainda, que qualquer gasto com remuneração dos profissionais do magistério (criação ou expansão), deve obedecer estritamente aos dispositivos da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), especialmente os arts. 15, 16 e 21, no sentido que tal despesa deve ser acompanhada de estudos sobre o impacto orçamentário-financeiro e compatibilidade com as leis orçamentárias, inclusive com o plano plurianual.

107. Assim, além dos relevantes argumentos do TCM/BA e do FNDE, é importante ressaltar que se torna impossível a obediência absoluta à tal subvinculação em virtude de os recursos advindos de decisão judicial não representarem um aumento permanente de recursos aos municípios. Assim, caso esses recursos sejam utilizados para o pagamento de pessoal, haverá graves implicações futuras quando exauridas as verbas de origem extraordinária, com potencial comprometimento de diversas disposições constitucionais, tais como a irredutibilidade salarial, e o teto remuneratório constitucional.

108. Nesse mesmo sentido, tem-se que o supramencionado art. 22 da Lei 11.494/2007 estabelece que “recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério”. Desse modo, percebe-se que o normativo incide tão somente sobre os recursos ordinários anuais. Assim, resta prejudicada sua aplicação em casos de montantes extraordinários devido à ausência de continuidade dos recursos recebidos em contraposição à perpetuidade de possíveis aumentos concedidos aos profissionais do magistério.”

Na mesma vereda, a Nota Técnica 5006/2016/CGFSE/DIGEF do FNDE afirma não ser plausível, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a subvinculação dos recursos dos precatórios à remuneração dos profissionais do magistério, sendo oportuna a transcrição do seguinte fragmento da Nota Técnica:

*“11. Entretanto, no caso dos recursos oriundos dos precatórios, uma discussão acerca da manutenção da subvinculação dos 60% dos recursos aos profissionais do magistério deve levar em consideração pelo menos **três aspectos que tangenciam o assunto**, quais sejam: **i) a finalidade dos preceitos constitucionais e legais que objetivam promover a valorização dos profissionais do magistério**, **ii) as metas e estratégias do Plano Nacional de Educação – PNE 2014/2024, delineadas na Lei 13.005/2014 e**, **iii) a significativa monta de recursos financeiros originários dos precatórios.***

*12. No que concerne ao primeiro aspecto, cabe salientar que **o objetivo dos preceitos constitucionais e legais que vinculam 60% dos recursos dos Fundos (Fundef e Fundeb) à remuneração dos profissionais do magistério público da educação básica é, precipuamente, direcionar recursos que auxiliem na criação e implementação dos planos de carreira e no cumprimento do piso salarial do magistério, visando garantir a esses profissionais uma melhor formação e condições de trabalho que estimulem o ingresso e permanência na carreira.** E, s, pois, a essência das políticas públicas de valorização do magistério.*

*13. Todavia, tais políticas devem ser continuamente formuladas e implementadas, de forma que as medidas requeridas à efetiva concretização sejam permanentemente revistas e atualizadas, sem provocar sobressaltos e perturbações desmedidas, que fujam à normalidade e à razoabilidade que deve pautar o planejamento e a ação dos entes governamentais, aos quais compete atender ao comando constitucional e legal relacionado à criação dos planos de carreira e ao cumprimento do piso, **o que não justifica, entretanto, a liberação pontual de significativa quantia de recursos, no caso oriunda dos precatórios, de forma vinculada ao pagamento de profissionais do magistério, este caracterizado pela forma continuada e perene que deve orientar seu processamento, dada a natureza alimentar e o caráter sustentável que deve revesti-lo.***

*14. **O pagamento de significativa quantia remuneratória aos profissionais do magistério de uma só vez, por ocasião da liberação de recursos dos precatórios, não se inscreve e sequer atende às políticas de valorização do magistério público da educação básica, mas, de modo contrário, representa momentâneo e desproporcional pagamento, em valores totalmente desconectados das reais possibilidades de garantia e permanência do nível remuneratório que representam, rompendo, dessa forma, com os princípios da continuidade que deve nortear as políticas de valorização dos profissionais do magistério e da irredutibilidade de salário, que se encontra esculpido no art. 7º, VI, da CF/88.**” (Grifou-se)*

Aliados aos argumentos de que o pagamento de vultosa quantia em dinheiro aos profissionais do magistério, de uma vez só, não alcançaria a finalidade da regra do art. 22 da Lei n.º 11.494/2007 de valorização abrangente e continuada da carreira do magistério, além de ferir preceitos constitucionais como o da irredutibilidade salarial e do teto remuneratório constitucional, outros fundamentos devem ser lançados para justificar o afastamento da regra.

De fato, durante os anos de 1998 a 2006, diante do subfinanciamento da educação pela União, por meio do cálculo errôneo do VMAA do FUNDEF, os entes federados tiveram um déficit nos recursos da educação, de forma que os índices atuais revelam a precária situação da educação pública em nosso país. Em virtude da necessidade de pagamento dos vencimentos constantes dos planos de carreira dos profissionais do magistério, muitos municípios se viram na situação de utilização da quase totalidade dos recursos do FUNDEF para pagamento de pessoal, muito pouco sobrando para ações de manutenção do ensino.

Infelizmente, principalmente onde há necessidade de complementação da União ao FUNDEF, ainda se vê: a) infraestrutura precária das escolas, com escolas de taipa, sem banheiros, sem bibliotecas, salas de professor ou quadra de esporte; b) transporte escolar inseguro e indigno, como os veículos “paus-de-arara”; c) ausência de capacitação continuada do professor; d) ausência de acessibilidade nas escolas; e) ausência de material pedagógico adequado, entre outras impropriedades.

Convém ressaltar, ainda, que passados 4 (quatro) anos de vigência do Plano Nacional de Educação, documento que guia as diretrizes educacionais da próxima década, estipulando 20 metas desdobradas em 254 estratégias para garantir o acesso e a qualidade à Educação Básica e Superior e de seus profissionais, pelo menos oito metas têm prazos finais ou intermediários já vencidos, razão pela qual o Brasil está sendo, inclusive, pressionado internacionalmente para implementação do Plano⁶.

⁶ Como universalizar a Educação Infantil e o Ensino Médio.

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

Na Revisão Periódica Universal da ONU, 17 (dezessete) países “citaram explicitamente a necessidade de implementação do Plano Nacional de Educação (PNE) – Lei 13.005/2014. No total, 10 países realizaram recomendações para que o Brasil invista em políticas de educação, tendo inclusive afirmações que relacionam o descumprimento do PNE com as recentes políticas econômicas regressivas”⁷. A respeito, digno de nota que a aprovação da Emenda Constitucional n.º 95/2016, que limita um teto de gastos para a Educação, deixou a União mais longe ainda de atingir suas metas previstas no Plano Nacional.

Ora, as metas dos Planos de Educação encerram verdadeiras obrigações de fazer ao ente federado, podendo desde logo ser exigíveis perante o Poder Judiciário, surgindo os recursos provenientes dos Precatórios do FUNDEF, vinculados que são às ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, como financiamento possível para investimentos em educação, com real possibilidade dos Municípios, e via de consequência a União, atingirem suas metas e alavancar os índices educacionais da educação pública.

A propósito, fazendo uma relação dos recursos dos precatórios do FUNDEF e a necessidade do atingimento das metas do Plano Nacional de Educação, o FNDE assim se manifestou na já citada Nota Técnica 5006/2016/CGFSE/DIGEF:

“21. Não se afigura, pois, coerente que, contrariando a legislação de regência e as metas e estratégias previstas no PNE, 60% de um montante exorbitante, que poderia ser destinado à melhoria do sistema de ensino no âmbito de uma determinada municipalidade, seja retido para favorecimento de determinados profissionais, sob pena de incorrer em peremptória desvinculação de uma parcela dos recursos que deveriam ser direcionados à educação. Isto porque a sua destinação aos profissionais do magistério, no caso das verbas de precatórios, configuraria favorecimento pessoal momentâneo, não valorização abrangente e continuada da categoria, fazendo perecer o fundamento utilizado para a subvinculação, de melhoria sustentável nos níveis remuneratórios praticados.”

Dessa forma, os recursos adicionais oriundos dos precatórios do FUNDEF devem ser vinculados intertemporalmente a um plano de cumprimento tempestivo das metas do Plano Municipal de Educação, pois a destinação de 60% desses recursos aos profissionais do magistério que trabalharam na época em nada impactará a qualidade da educação desses municípios, que passaram anos sem o investimento adequado em educação.

A finalidade do FUNDEF/FUNDEB é atingir um padrão mínimo de qualidade, em termos de equidade do gasto por aluno. A adequada remuneração dos

⁷<http://campanha.org.br/direitos-humanos/revisao-periodica-universal-onu-17-paises-pressionam-brasil-sobre-a-implementacao-do-plano-nacional-de-educacao/>

professores é um meio para tanto, não um fim em si mesmo, de forma que gastos com formação continuada dos professores e melhoria da infraestrutura das escolas impactará a qualidade da carreira do magistério e, por conseguinte, da educação, mostrando-se mais consentânea com a finalidade do FUNDEF/FUNDEB e dos Planos de Educação dos entes federados.

Como bem ressaltado pelos Procuradores do Ministério Público de Contas Flávia Gonzalez Leite e Gleydson Alexandre, *“o contexto apresentado impõe limites à discricionariedade do gestor, que deve direcionar suas ações governamentais à concretização das metas dos PNE/PEE/PME previstas para o período de 2014/2024. a interpretação sistemática dos dispositivos legais citados direciona a aplicação dos recursos dos precatórios do FUNDEF ao cumprimento de todas as obrigações de fazer constantes dos respectivos planos de educação de cada ente público, sob pena de caracterização de oferta irregular do ensino a que se refere o art. 208, §2º, da Carta Magna”*.⁸

Por fim, importa registrar que o Tribunal de Contas da União, **em 27/06/2018**, no âmbito do TC 020.079/2018-4, determinou, cautelarmente, *“aos entes municipais e estaduais beneficiários de precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União, no âmbito do Fundef, **que se abstenham de utilizar tais recursos no pagamento a profissionais do magistério ou a quaisquer outros servidores públicos, a qualquer título, a exemplo de remuneração, salário, abono ou rateio, até que este Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas no presente feito**”*. (Grifou-se)

Assim, manifesta-se o Ministério Público pelo **indeferimento** do pedido de tutela de urgência constante do item 2, a.c, da inicial, pois, de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União, nos Acórdãos 1824/2017 e 1962/2017, do FNDE e do Ministro Barroso do STF, fica afastada a subvinculação prevista no art. 22 da Lei n.º 11.494/2007 nos precatórios do FUNDEF, em face da natureza extraordinária dos recursos e dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Diante das considerações expendidas, manifesta-se o Ministério Público:

⁸LEITE, Flávia Gonzalez e ALEXANDRE, Gleydson. Precatórios do FUNDEF: aplicação no cumprimento das metas do Plano Nacional de Educação. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/precatorios-do-fundef-25082018>>. Acesso em 29 de agosto de 2018.

a) preliminarmente, pela suscitação do conflito negativo de competência, em razão de entender que compete à Justiça Federal processar e julgar ações que versem sobre a correta aplicação de recursos decorrentes da complementação da União ao FUNDEF/FUNDEB;

b) caso Vossa Excelência entenda pela competência da Justiça Estadual para apreciação da matéria, pelo **deferimento parcial da tutela de urgência**, a fim de que: **b.1)** seja determinada a destinação dos recursos exclusivamente às ações de manutenção e desenvolvimento do ensino e **b.2)** seja determinado o depósito dos valores em conta exclusivamente criada para esse propósito, nos termos do entendimento sufragado pelo TCU no Acórdão 1962/2017. Manifesta-se, por fim, pelo **indeferimento** do pedido de tutela de urgência consistente na destinação de 60% (sessenta por cento) dos recursos para pagamento de professores.

xxxx, xx de xxxxxxxx de 2018.

XXXXXXXXXX

Promotora de Justiça

MODELO VIII

(Ação Civil Pública com Pedido de Tutela de Urgência)

EXCELENTÍSSIMO SR. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE XXXX/XX.

“O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu no dia 14/10/2018 que os recursos da educação básica, a serem repassados a municípios a partir de uma decisão judicial para a qual não cabem mais recursos, não podem ser destinados ao pagamento de honorários de advogados. O relator do Processo 080205113.2016.4.05.000 é o Min. OG Fernandes da Segunda Turma, e por sete votos a um, a Primeira Seção do STJ entendeu que esse dinheiro do antigo Fundef – hoje Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb) - tem natureza constitucional e, portanto, não pode sofrer um desconto para que parte seja destinada a bancas de advocacia contratadas para destravar os recursos. A finalidade deve ser exclusivamente para educação básica.” (O Globo, 10/10/2018, online)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

O MINISTÉRIO PÚBLICO XXXXXX por seu Presentante signatário, vem, perante Vossa Excelência, propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA em face de:

MUNICÍPIO DE XXXXXX, pessoa jurídica de direito público situada na XXXXXXXX, representado pelo Excelentíssimo Senhor Prefeito XXXXX, pessoa notória.

Escritório de Advocacia, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ sob o nº XXXXXXXX, representado pelos seus sócios administradores: xxxxxx, inscrito no CPF sob o nº xxxxxxxxxx

Pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

I. INTRODUÇÃO

A presente Ação Civil Pública objetiva obter a devolução (com a devida correção monetária) dos valores pagos relativos aos honorários advocatícios do Processo 0010690-52.2006.4.05.8100 - Precatórios do FUNDEF – ao Município de Mulungu, no prazo definido pelo douto juízo, sob pena de bloqueio judicial das contas via BACENJUD.

Ademais, pleiteia-se que o Município de Mulungu, recebendo o ressarcimento dos valores pagos, utilize o dinheiro apenas na manutenção e no desenvolvimento do ensino, vedado o pagamento de honorários e que também apresente em juízo o plano de investimento.

Tal petição, tem fundamento na ilegalidade do Contrato Administrativo de Prestação de Serviços Advocatícios entre o Município de Mulungu e o Escritório Monteiro e Monteiro Advogados, uma vez que a contratação ocorreu sem licitação e não respeitou as disposições constitucionais e infraconstitucionais de direito público. Ademais, conforme a tese esposada pelos Ministérios Públicos Estadual, Federal e de Contas, não pode haver emprego de verba do FUNDEF/FUNDEB para pagamento de honorários. Tese confirmada pelo STJ recentemente.

Trata-se de mais um caso decorrente do já notório “caso do FUNDEF”. O Município tem o direito de receber verba complementar por erro de cálculo nos repasses antigos da União. Verba assegurada aos cofres públicos em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público da União e por alguns municípios independentemente (embora tomassem por base o trabalho do MPF). Estamos na fase do cumprimento de sentença ou execução e escritórios particulares, com a conivência de gestores, intentam desviar como honorários até 20% da verba exclusivamente destinada para educação.

O título executivo dos presentes autos se refere à obrigação de a União pagar diferenças ao FUNDEF pela divergência quanto à fórmula de cálculo do Valor Mínimo Anual por Aluno (VMAA) – referido no §3º do art. 60 do ADCT (redação dada pela EC n. 14/96). A definição da mesma veio prevista no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.424/96, conforme determinado pelo §7º do art. 60 do ADCT (redação dada pela EC n. 14/96). A União errou e pagou a menos, durante alguns anos. Judicialmente compelida por iniciativa do Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, Processo nº 1999.61.00.05.0616-0, passou a fazer os complementos. Os Municípios, em regra, apenas peticionaram pedindo a execução. Alguns poucos ingressaram com ações de conhecimento independentes (mas fazendo um “espelho” da ACP do MPF). Eis a apertada síntese.

Fato importante e que tanto explica: esta é a “causa” mais valiosa da jurisdição brasileira: avaliações do TCU indicam ser o débito total da União entre 95 e 100 bilhões de reais, dos quais houve o pagamento de 7 bilhões. Esta municipalidade é uma de tantas outras em igual situação.

Primacialmente, intenta-se perante esse douto Juízo:

I – defender o futuro das crianças deste município, como absoluta prioridade constitucional – e para tal

II – garantir que TODO o dinheiro oriundo das verbas complementares do FUNDEF seja empregado em educação – evitando que

III – haja pagamento de honorários milionários a escritórios privados de advocacia – demonstrando que

IV – deveria o pleito desde o início ser encaminhado pela Procuradoria do Município – e ainda que esta não houvesse

V – a contratação direta de qualquer Escritório ocorreria ilegal e escandalosamente, sem qualquer procedimento licitatório – e também que

VI – qualquer presumida ou alegada inexigibilidade ou dispensa, em realidade, jamais ocorreu – e ainda mais

VII – caso houvesse licitação ampla, esta seria ilegal, pelo motivo IV supra, dentre outros – e que, também

VIII – houve notório superfaturamento do preço, ante a falta de complexidade do objeto (já discutida e resolvida a causa pelo esforço do MPF, em ACP de 2009).

Tudo será sobejamente demonstrado, como vem ocorrendo em tantas outras municipalidades Brasil adentro – nestas mesmíssimas circunstâncias.

II. DOS FATOS

O município de xxxxxx, representado pelo seu Prefeito, contratou o Escritório xxxxxxxxxxxx (CNPJ nº. xxxxxxxx) (Doc. anexo).

O escritório de advocacia contratado é sediado em xxxx, na contratação, foi representado por xxxxxxxx (CPF nº. xxxxxxx).

Apesar de o aludido contrato mencionar que decorreu de procedimento licitatório na forma de inexigibilidade, constatou-se, na verdade, tratar-se de contratação direta, sem observância de prévio procedimento formal de inexigibilidade. Houve, portanto, uma verdadeira contratação particular, sem licitação e sem respeito a qualquer das disposições da Lei nº. 8.666/93. Frise-se: O contrato apresenta timbre no cabeçalho da logomarca do Escritório de Advocacia contratado, o que, de plano, já demonstra que fora confeccionado não pelo Município de Mulungu, como é a regra dos contratos administrativos, e sim pelo demandado.

VEJA-SE QUE DA “CLÁUSULA TERCEIRA” DO TERMO DE CONTRATO SEQUER CONSTA A INDICAÇÃO DO NÚMERO DA ALEGADA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Para ser válida, mesmo que admitamos existente, teria que haver sido publicizada amplamente, na forma do Ordenamento, sob pena de nulidade.

Com efeito, o próprio contrato se configura num verdadeiro contrato particular, sem previsão de cláusulas obrigatórias aos contratos públicos. Trata-se, na verdade, de um típico contrato entre particular e advogado.

Após a celebração do contrato de prestação de serviços advocatícios, o Município de XXXXXX/XX, protocolou ação ordinária em face da União Federal, objetivando compelir a demandada a repassar ao município valores referentes à complementação do FUNDEF.

Na época do protocolo da ação, a matéria objeto da demanda já era amplamente discutida e sedimentada na jurisprudência nacional, existindo decisões de diversos Tribunais, como bem destaca o autor na exordial apontando que o próprio TRF da 5ª região vem pacificando o entendimento.

No cumprimento da sentença, dos valores incontroversos, após requerimento do demandado e juntada do contrato celebrado com o Município de Mulungu, o Juízo da 10ª Vara Federal determinou a expedição de precatório para pagamento dos honorários contratuais, destacando do montante da condenação a quantia de R\$ 6.563.453,47 (seis milhões, quinhentos e sessenta e três mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e quarenta e sete centavos),

Configuram-se, portanto, graves prejuízos à educação municipal de Mulungu, uma vez que os valores dos honorários advocatícios do Escritório Monteiro e

Monteiro Advogados e Associados estão baseados proporcionalmente ao montante dos recursos do Precatório nº xxxxxxxx

2.2. DAS ILEGALIDADES CONSTATADAS

Conforme detalhado, a operação consistia, em resumo, na celebração de contrato ilegal, já que celebrado sem a necessária observância da realização de prévio processo licitatório ou procedimento formal de inexigibilidade. Dessa forma, o contrato não seria do conhecimento dos órgãos de fiscalização. Em seguida seria proposta a ação que, por ser atinente à matéria de direito já pacificada, seria inevitavelmente julgada procedente, o que permitiria aos participantes do esquema lesar o erário da educação.

Registre-se, também, que essa prática não se limitou ao Município de xxxxx, tendo ocorrido também, de forma bastante semelhante, em diversos municípios.

III. IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE

A primeira irregularidade pode ser detectada já na origem do contrato, na própria forma escolhida para realizar a contratação, conforme será detalhado abaixo.

3.1. HIPÓTESE LEGAL DE INEXIGIBILIDADE.

As contratações feitas pelo poder público devem, em regra, serem precedidas de licitação, conforme o art. 2º, da Lei nº. 8.666/93. Entretanto, o próprio dispositivo prevê exceções, sendo as mais emblemáticas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação (arts. 24 e 25).

Interessa ao caso em apreço o art. 25 (inexigibilidade), mais especificamente seu inciso II:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização,

vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

(...)

§1º - Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

O art. 13 do mesmo diploma legal define o que seriam esses serviços técnicos especializados:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

(...)

§ 1º - Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§2º – Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

Inicialmente temos que considerar que, mesmo nos casos de inexigibilidade de licitação, o poder público não tem total liberdade de contratação, conforme lição de Marçal Justen Filho¹:

Tal como afirmado inúmeras vezes, é incorreto afirmar que a contratação direta exclui um “procedimento licitatório”. Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para a seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. “Ausência de licitação” não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação.

Segundo as disposições legais, é possível, em tese, a contratação de serviços de advocacia por meio de inexigibilidade, mas, para que isso ocorra da forma legal, diversos requisitos devem estar presentes.

Para definirmos esses requisitos, devemos analisar todos os artigos transcritos. Sendo assim, o primeiro requisito está no caput do art. 25, qual seja, “quando houver inviabilidade de competição”. Essa inviabilidade de competição deve decorrer da “natureza singular” do serviço e da “notória especialização” dos respectivos profissionais (inc. II).

Celso Antônio Bandeira de Mello² aborda a singularidade do serviço nos seguintes termos:

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa, atributos estes que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Assim, de acordo com abordagem do autor, faz-se necessário a existência da especialização notória e a necessidade dessa especialização notória por parte da Administração.

Além disso, para o §1º do art. 13, deve ser entendido como um profissional de notória especialização aquele que “no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

A especialidade deve ser evidente o suficiente para tornar impossível a realização da licitação, pois, ainda que se trate de um serviço especializado, mas que possa ser prestado por mais de um profissional, deve ser obrigatoriamente realizada a licitação, por não ser inviável, logo, não ser inexigível na forma da lei.

Assim entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro³:

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação.

Nesse sentido, a Súmula nº. 252 do TCU:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº. 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Aos requisitos mencionados na Súmula nº. 252 do TCU acrescenta-se ainda mais um: inviabilidade de competição, eis que é da própria essência da inexigibilidade a impossibilidade de competição. Pois, ainda que um serviço seja técnico especializado, esteja previsto no art. 13 da Lei nº. 8.666/93, tenha natureza singular e o profissional tenha notória especialização, se existirem outros profissionais igualmente com notória especialização, deve haver obrigatoriamente a licitação, pois o primeiro requisito previsto pelo art. 25 é “quando houver inviabilidade de competição”.

3.2. NÃO ADEQUAÇÃO DO CASO CONCRETO À HIPÓTESE LEGAL DE INEXIGIBILIDADE.

Sintetizando a abordagem sobre o tema, para que a contratação pelo poder público de profissional particular para patrocínio ou defesa de causas judiciais através da inexigibilidade de licitação seja legal, é preciso a presença dos seguintes requisitos:

- Natureza singular do serviço (art. 25, inc. II);
- Serviço técnico especializado (art. 25, inc. II);
- Notória especialização do contratado (art. 25, inc. II);
- Inviabilidade de licitação (art. 25, caput);

Analisaremos cada uma das hipóteses no caso concreto.

3.2.1. Natureza singular do serviço.

O objeto do contrato consta de sua cláusula segunda (doc. anexo)

Na espécie, a ação para a qual o escritório fora contratado em hipótese alguma apresenta característica de singularidade. Pelo contrário: diversos outros escritórios e profissionais propuseram ações iguais em favor de diversos outros municípios, inclusive com a participação da APRECE.

Além disso, quando a ação foi proposta, a matéria de direito debatida já não guardava nenhuma obscuridade ou controvérsia, pois se encontrava pacificada na jurisprudência nacional, sendo possível obter diversos precedentes favoráveis e até mesmo petições modelo na internet.

O STJ, interpretando a Lei de Licitações, requer que, para que seja legal a inexigibilidade, o serviço deva envolver “casos incomuns e anômalos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado”, conforme restou consignado no julgado abaixo:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535 NÃO VIOLADO. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO POR MUNICÍPIO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE NÃO HÁ INEXIGIBILIDADE. SERVIÇOS TÉCNICOS NÃO SINGULARES. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 25, II, § 1º C/C 13, V, DA LEI 8.666/93. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. 1. Trata-se de Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o então Prefeito, membros da Comissão Permanente de Licitação e Contratos do Município de Visconde do Rio Branco e o Procurador Municipal pela contratação do escritório de José Nilo de Castro Advocacia Associada S/C, sem a realização do devido procedimento licitatório, sob o fundamento da inexigibilidade. 2. Verifica-se que o acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao desate da controvérsia. Logo, não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, a justificar sua anulação pelo

STJ. Dessarte, merece ser repelida a tese de violação do art. 535 do CPC. 3. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente. 4. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado. 5. No caso dos autos, o objeto do contrato descreve as atividades de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas e elaboração de pareceres, as quais são genéricas e não apresentam peculiaridades e/ou complexidades incomuns, nem exigem conhecimentos demasiadamente aprofundados, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública e pelo órgão técnico jurídico do município. Ilegalidade. Serviços não singulares. 6. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Precedentes: REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/12/2010; REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01/02/2006, p. 477. 7. A contratação de serviços sem procedimento licitatório quando não caracterizada situação de inexigibilidade viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e os deveres de legalidade e imparcialidade. Improbidade administrativa - art. 11 da Lei 8.429/92. 8. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 9. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte provido, com a devolução dos autos para a instância de origem para a apreciação das penalidades cabíveis. (STJ - RESP 201303523557, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA

TURMA, DJE de 31/03/2015).

De maneira semelhante, o TCU entende sobre a matéria da seguinte forma:

REPRESENTAÇÃO PROMOVIDA PELA 5ª SECEX. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. POSSIBILIDADE DE DISPENSA DA LICITAÇÃO, COM BASE NA URGÊNCIA DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE FUNDAMENTAR. PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1. É indevida a aplicação do art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993 para fins de contratação direta de escritório de advocacia quando o contratante não demonstra a singularidade do serviço e a notória especialização do contratado com relação ao objeto do serviço a ser prestado. 2. É possível afastar a obrigatoriedade de licitação com base na urgência da prestação dos serviços, evidenciada no caso concreto, a teor do art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações. 3. Mesmo no caso de dispensa de licitação, é dever do contratante formalizar o respectivo processo, caracterizando a situação emergencial, a razão da escolha do prestador de serviço e a justificativa do preço, e publicar o ato de dispensa na imprensa oficial, conforme prevê o art. 26, parágrafo único e incisos I, II e III, da Lei n. 8.666/1993, sendo vedada a prestação de serviços sem a cobertura de contrato devidamente formalizado, por expressa previsão do art. 60, parágrafo único, do Estatuto das Licitações. 4. A inobservância de dispositivos da Lei n. 8.666/1993 sujeita o responsável à multa prevista pelo art. 58, II, da Lei n. 8.443/1992. (TCU – 01990220050; Rel. Min. MARCOS BEMQUERER; Data da sessão: 02/10/2007).

No caso em apreço, tanto é verdade o fato de que a tese que fundamentou a ação não tinha nada de inovadora e nem era decorrente do brilhantismo dos profissionais em questão que, o Ministério Público Federal em São Paulo já tinha ajuizado, no ano 2000 – muito antes da ação de Mulungu - uma ACP objetivando obrigar a União a cumprir a legislação e realizar os repasses de complementação do FUNDEF corretamente. Ainda no ano de 2002, houve julgamento do agravo nesta ação pelo TRF-2 (Processo nº. 2000.03.00.010450-2).

A questão já era tão pacificada que até o Tribunal de Contas da União já tinha decidido sobre o tema, no ano de 2002, conforme a decisão nº. 871/2002.

Sendo assim, fica evidente que o objeto contratado não tinha natureza singular, na medida em que diversas ações semelhantes foram propostas por diversos outros escritórios e sociedades de advogados, bem como órgãos públicos, em vários outros municípios brasileiros, o que descaracteriza, por si só, a singularidade do serviço prestado no caso em apreço.

Ainda que se tratasse de serviço de natureza singular, essa característica teria que ter sido demonstrada de forma fundamentada previamente à contratação, o que de qualquer forma não ocorreu.

Sendo assim, ausente o requisito da singularidade do serviço ou mesmo sua demonstração, a contratação se mostra, por si só, irregular, consoante já decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO NÃO-CONFIGURADA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA SEM LICITAÇÃO. SERVIÇOS TÉCNICOS DE AUDITORIA. REVISÃO DA ARRECADAÇÃO DO ICMS, PARA FINS DE APURAÇÃO DA QUOTA-PARTE DA REPARTIÇÃO TRIBUTÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 25, II, DA LEI 8.666/1993. 1. O vício da contradição pressupõe que os fundamentos e a conclusão do julgamento caminhem em sentidos opostos, o que não ocorreu nos autos. 2. O Tribunal de origem considerou justificada a contratação direta porque a empresa é bem conceituada, e o serviço de revisão da arrecadação do ICMS, para controle da quota-parte na repartição de receitas, demanda conhecimentos técnicos especializados. 3. Contudo, a inexigibilidade da licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei 8.666/1993, pressupõe a presença concomitante dos seguintes requisitos: a) serviço técnico listado no art. 13; b) profissional (pessoa física) ou empresa de notória especialização; c) natureza singular do serviço a ser prestado. 4. Sem a demonstração da natureza singular do serviço prestado, o procedimento licitatório é obrigatório e deve ser instaurado, com o

objetivo maior de a) permitir a concorrência entre as empresas e pessoas especializadas no mesmo ramo profissional e, b) garantir ampla transparência à contratação pública e, com isso, assegurar a possibilidade de controle pela sociedade e os sujeitos intermediários (Ministério Público, ONGs, etc.). 5. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ – RESP 200601529161, HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA, DJE de 09/03/2009).

3.2.2. Serviço técnico especializado e notória especialização do contratado.

Outro dos requisitos não presentes no caso concreto é a notória especialização do contratado, sobre a qual José dos Santos Carvalho Filho⁴ leciona:

A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero. Por outro lado, é preciso que a Administração conclua que o trabalho a ser executado por esse profissional seja essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato.

Ainda que se admita a existência do serviço técnico especializado, na espécie, nada comprova ou mesmo indica que o escritório contratado possuía a notória especialização no sentido da Lei. Ressalte-se, ainda, que a notória especialização deve se referir aos respectivos profissionais. Entretanto, no contrato, inexistiu indicação de quais seriam os profissionais com essas características e, muito menos, quais as justificativas para a conceituação.

Ora, a notória especialização deve ser demonstrada, fundamentada e comprovada para justificar, nesse ponto, a inexigibilidade de licitação. No caso em análise, porém, não há nenhum desses elementos.

Para o STJ, a notória especialização, que o tribunal qualifica de jurídica, somente justifica a inexigibilidade de licitação quando for absolutamente extraordinária e incontestável, o que nem de longe é o caso dos autos.

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO.

REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. 1. A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável. 2. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição. 3. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou que "é sabido que a contratação de advogado sem licitação somente se justifica quando em razão da alta complexidade do serviço a ser executado impõe-se a escolha de profissional de alto nível e de notória especialização. Não preenche os requisitos definidos na Lei 8.666/93 a contratação de escritório de advocacia para ajuizar e acompanhar ações trabalhistas" (fl. 79, e-STJ). 4. A análise da alegação de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação demandaria, na hipótese dos autos, diante da análise ampla da prova feita pelo Tribunal, incide o óbice da Súmula 7/STJ. 5. Agravo Regimental não provido. (STJ – AGARESP 201402420517, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, T2 - SEGUNDA TURMA, DJE de 11/02/2015).

Fica evidente, assim, que a alegada notória especialização não passou de ardid para fraudar a exigência de licitação e viabilizar pagamentos indevidos ao escritório demandados. Logo, sendo evidente a irregularidade da contratação também quanto a esse requisito, deve ser reconhecida a nulidade contratual, conforme entendimento do STJ:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIÇO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 13 E 25) E À LEI DE IMPROBIDADE (LEI 8.429/92, ART. 11). EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO. 1. A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93 sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais de notória especialização. 2. A contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto

contatado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente. 3. A multa civil, que não ostenta feição indenizatória, é perfeitamente compatível com os atos de improbidade tipificados no art. 11, da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos), independentemente de dano ao erário, dolo ou culpa do agente. 4. Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão da ausência de dano ao erário com a efetiva prestação dos serviços de advocacia contratados, deve ser aplicada apenas a multa civil reduzida a patamar mínimo (10% do valor do contrato, atualizado desde a assinatura). 5. Recurso especial provido em parte. (STJ – REsp 488842 SP 2002/0163048-3; T2 - SEGUNDA TURMA; Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; Dje de 05.12.2008).

Por fim, ainda que fosse o caso de serviço de natureza singular e de profissionais de notória especialização, o que restou demonstrado não ser, tais requisitos deveriam constar do procedimento de inexigibilidade de licitação, o que sequer ocorreu.

3.2.3. Inviabilidade de Licitação.

Por fim, de acordo com o que consta nos autos e as razões até então expostas nesta exordial, resta claro que a licitação seria perfeitamente viável, por se tratar, na verdade, de serviço técnico ordinário, o qual poderia ser prestado por diversos outros profissionais em igualdade de condições, sem a necessidade de qualquer qualificação especial.

Além disso, ações semelhantes também foram propostas em diversos outros Estados, muitas delas inclusive bem antes que a do caso em comento, o que pode ser constatado a partir da mera consulta à jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais.

Sendo assim, inequivocamente possível a competição, a inexigibilidade de licitação se configura irregular, na esteira do entendimento do STJ:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535 NÃO VIOLADO. AÇÃO CIVIL DE

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO POR MUNICÍPIO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE NÃO HÁ INEXIGIBILIDADE. SERVIÇOS TÉCNICOS NÃO SINGULARES. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 25, II, § 1º C/C 13, V, DA LEI 8.666/93. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. 1. Trata-se de Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o então Prefeito, membros da Comissão Permanente de Licitação e Contratos do Município de Visconde do Rio Branco e o Procurador Municipal pela contratação do escritório de José Nilo de Castro Advocacia Associada S/C, sem a realização do devido procedimento licitatório, sob o fundamento da inexigibilidade. 2. Verifica-se que o acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao desate da controvérsia. Logo, não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, a justificar sua anulação pelo STJ. Dessarte, merece ser repelida a tese de violação do art. 535 do CPC. 3. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente. 4. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado. 5. No caso dos autos, o objeto do contrato descreve as atividades de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas e elaboração de pareceres, as quais são genéricas e não apresentam peculiaridades e/ou complexidades incomuns, nem exigem conhecimentos demasiadamente aprofundados, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública e pelo órgão técnico jurídico do município. Ilegalidade. Serviços não singulares. 6. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Precedentes: REsp 1.210.756/MG, Rel.

Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/12/2010; REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01/02/2006, p. 477. 7. A contratação de serviços sem procedimento licitatório quando não caracterizada situação de inexigibilidade viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e os deveres de legalidade e imparcialidade. Improbidade administrativa - art. 11 da Lei 8.429/92. 8. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 9. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte provido, com a devolução dos autos para a instância de origem para a apreciação das penalidades cabíveis. (STJ – RESP 201303523557, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, T2 - SEGUNDA TURMA, DJE de 31/03/2015).

3.3. AUSÊNCIA DE FORMALIDADES INERENTES À INEXIGIBILIDADE.

Ainda quando se fala de hipótese legal de inexigibilidade, o que se demonstrou não ser o caso, para ter validade, o procedimento de inexigibilidade deve atender a diversos requisitos formais, sem os quais é nulo.

O TCU já se pronunciou no sentido de que, “mesmo no caso de dispensa de licitação, é dever do contratante formalizar o respectivo processo, caracterizando a situação emergencial, a razão da escolha do prestador de serviço e a justificativa do preço, e publicar o ato de dispensa na imprensa oficial, conforme prevê o art. 26, parágrafo único e incisos I, II e III, da Lei n. 8.666/1993, sendo vedada a prestação de serviços sem a cobertura de contrato devidamente formalizado, por expressa previsão do art. 60, parágrafo único, do Estatuto das Licitações.”⁵ O mesmo entendimento se aplica à inexigibilidade.

No caso em concreto, vamos analisar cada um desses pontos, os quais não se encontram presentes.

3.3.1. Justificativa para contratação por inexigibilidade.

Ainda que abordado de forma sucinta, a ausência de justificativa para

contratação por inexigibilidade merece um tópico específico, diante da importância dada pela própria Lei nº. 8.666/93:

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.

Conforme detalhado, em nenhum momento houve justificativa para a contratação do escritório, em clara afronta ao texto legal, o que resulta na inafastável nulidade do contrato.

Conforme jurisprudência do STJ já citada, “Sem a demonstração da natureza singular do serviço prestado, o procedimento licitatório é obrigatório e deve ser instaurado, com o objetivo maior de a) permitir a concorrência entre as empresas e pessoas especializadas no mesmo ramo profissional e, b) garantir ampla transparência à contratação pública e, com isso, assegurar a possibilidade de controle pela sociedade e os sujeitos intermediários (Ministério Público, ONGs, etc.)”⁶.

Ausente o requisito da justificativa, irregular a inexigibilidade e por consequência nula a contratação.

3.3.2. Publicação na imprensa oficial.

Dentre as formalidades necessárias para validade da licitação, ou mesmo da inexigibilidade, está a publicação na imprensa oficial, conforme preconiza a Lei nº. 8.666/93:

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.

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

Após buscas feitas pela Prefeitura Municipal de xxxx/xx, comprovou-se que não houve publicação da inexigibilidade em questão. Ademais, não ficou comprovado que houve publicação da inexigibilidade em questão (até mesmo porque sequer foi encontrada nos arquivos ou mesmo realizada).

Logo, também por isso a contratação se mostra ineficaz, nulificando todo o contrato.

Além disso, não há também menção à necessária publicação resumida do instrumento do contrato na imprensa oficial, nos termos e prazos da lei, como preceitua o art. 61, parágrafo único, da Lei nº. 8.666/1993, que é condição indispensável a sua eficácia. Tal providência é que provaria indubitavelmente a real data da assinatura do termo de contrato, o que, inclusive, no caso em tela, não pode ser conferido.

3.3.3. Razão para escolha do contratado.

Outra irregularidade encontrada se refere a ausência de justificativa para escolha do contratante, exigência prevista no art. 26, inc. II, da Lei nº. 8.666/93, o que viabiliza a análise dos motivos do ato administrativo. Inexistindo a justificativa, por si só, a inexigibilidade é nula, assim como todo o contrato.

Observa-se, a propósito, que não há sequer menção ao ato administrativo que autorizou a lavratura do termo de contrato nem qualquer indicação do número do processo de inexigibilidade ou número do contrato, contrariamente à determinação contida no art. 61 da Lei nº. 8.666/1993.

3.3.4. Justificativa do preço.

Outra omissão irremediável é a ausência de justificativa do preço. O preço é uma das cláusulas mais importantes do contrato administrativo. Entretanto, no presente caso não existe definição de seu valor, eis que entabulada a avença com cláusula “ad exitum”, e muito menos a justificativa. Assim, também por isso claramente ilegal a inexigibilidade.

A justificativa do preço, diante da ausência de competição, serve justamente para analisar se o valor é condizente com o serviço, se não há superfaturamento. Visa, em última análise, a evitar o prejuízo ao erário em benefício do particular.

O STJ já teve oportunidade de decidir no sentido de que configura irregularidade insanável a inexigibilidade de licitação sem justificativa do preço:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. LESÃO AO PATRIMÔNIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ILEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. INDÍCIOS SUFICIENTES DA PRÁTICA DOS ATOS ÍMPROBOS. MANUTENÇÃO DO RECEBIMENTO DA INICIAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por LUIZ CABRAL DE OLIVEIRA FILHO contra decisão do Juízo da 34ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Cabo de Santo Agostinho/PE que, nos autos do Processo nº 0800014-74.2014.4.05.8312, recebeu a inicial da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. 2. (...) 7. Delineou-se que, "no caso em exame, segundo consignado na decisão agravada, dos fatos aduzidos na exordial, bem como dos documentos acostados aos autos, é possível concluir que as condutas imputadas aos demandados enquadram-se, em princípio, como atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário, assim como atentatórios aos princípios administrativos, em consonância com o art. 10, incisos V e VIII, da lei nº 8.429/92 e, subsidiariamente com o art. 11, do mesmo diploma legal". 8. Por fim, arrematou-se que "de fato, verifico haver indícios suficientes para o recebimento da inicial, na medida em que o acórdão do TCU (Processo TCE 023.223/2006-6 - Segunda Câmara), se bem atesta que as unidades móveis autopropelidas, versão escola de informática, estariam em perfeito funcionamento, foi expresso ao considerar que a aquisição por inexigibilidade de licitação fora indevida, não tendo respaldo no art. 25, I, da Lei 8.666/93, encontrando-se o procedimento também eivado de outras irregularidades, como assinatura de projeto e plano de trabalho sem justificativa de preços. Ao menos nesta fase inicial de conhecimento da matéria, portanto, não identifico relevância jurídica nas alegações do agravante". 9. Nesse contexto, inexistindo qualquer fato novo que justifique a alteração dos motivos delineados quando da negativa do efeito suspensivo vindicado pelo agravante, resta ratificar a fundamentação da referida decisão, devendo a ser mantido o

recebimento da inicial ora recorrido em face da demonstração de indícios suficientes para o recebimento da inicial quanto à prática dos atos censurados pelo art. 10, incisos V e VIII, da lei nº 8.429/92 e, subsidiariamente com o art. 11 do referido Diploma. 10. Agravo improvido. (TRF-5 – AG 08011369520154050000; QUARTA TURMA; Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira).

Ressalte-se que o TCU, em recente julgado sobre denúncia de contratação direta de escritório de advocacia com base no art. 25, inc. II, da Lei de Licitações, ressaltou que, mesmo nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, é obrigatória a consulta dos preços correntes no mercado, daqueles fixados por órgão oficial competente ou, ainda, daqueles constantes do sistema de registro de preços. A ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal⁷.

Dessa forma, seguindo o entendimento jurisprudencial e a melhor exegese da lei, a inexigibilidade mais uma vez se mostra ilegal, e o contrato dela decorrente nulo.

3.4. INEXISTÊNCIA DO PRÓPRIO PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE.

No decorrer da apuração dos fatos, chegou-se à constatação de que não houve simplesmente irregularidade no procedimento de inexigibilidade e sim que sequer houve procedimento formal, em flagrante contradição com o que dispõe o próprio contrato:

CLÁUSULA PRIMEIRA – FUNDAMENTO LEGAL

O presente ajuste encontra sucedâneo legal nas disposições insertas na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), com as alterações ulteriores, e pelas convenções estabelecidas neste Contrato.

CLÁUSULA TERCEIRA - DO FATO GERADOR CONTRATUAL

O presente instrumento contratual foi autorizado pelo competente Processo Licitatório, instaurado na modalidade de Inexigibilidade de Licitação, em estrita conformidade ao prescrito no Art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e suas alterações posteriores.

Ora, pode-se logicamente inferir daí que não houve, de fato, nenhuma

licitação ou procedimento formal de inexigibilidade previamente à celebração do contrato de prestação de serviços advocatícios, tratando-se, portanto, de verdadeira contratação direta, nos moldes em que se dá entre particulares numa relação bilateral puramente privada. Ressalte-se que o próprio contrato firmado, em seu cabeçalho, sem numeração, apresenta logomarca do próprio escritório demandado, sem numeração.

Como se sabe, mesmo nos casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, faz-se necessário todo um procedimento, para fim de que sejam atendidos os requisitos legais, conforme já amplamente detalhado, o que não ocorreu na espécie. Nem mesmo indícios da existência de qualquer procedimento prévio formal foram constatados, sequer uma pesquisa de preços. O contrato, apenas menciona procedimento de inexigibilidade, porém não fornece nenhum número que possa identificá-lo.

Sendo assim, conclui-se que os responsáveis pela celebração do “contrato” não se deram ao trabalho sequer de instruir um singelo e sucinto procedimento de inexigibilidade. Simplesmente celebraram um contrato privado como se tratasse de relação entre particulares, malferindo todos os princípios e prerrogativas de direito público possíveis, o que não pode ser admitido, especialmente considerando as vultosas quantias envolvidas.

Portanto, ausente licitação ou procedimento formal de inexigibilidade, bem como de qualquer pesquisa prévia de preços, ainda que sumária, previamente à contratação, evidentemente nulo o contrato.

3.5. POSSIBILIDADE DO PRÓPRIO MUNICÍPIO, POR SUA PROCURADORIA, TER PROPOSTO A AÇÃO.

Feitas as considerações acima, por se tratar de causa relativamente simples, já amplamente repisada nos tribunais pátrios, havendo modelos e precedentes ao alcance de todos através de mera pesquisa, indaga-se o motivo pelo qual o Município não propôs a presente ação por meio de sua própria estrutura jurídica. Pois, se é verdade que alguns municípios não dispõem de Procuradores concursados, também é verdade que todas possuem pelo menos um Procurador-Geral em cargo de livre nomeação. É justamente esse o caso de xxxxxx.

Existindo uma estrutura na própria prefeitura para execução de determinado serviço, somente em casos excepcionais e devidamente justificados é possível

contratação de terceiro. Ressalte-se, mais uma vez, que inexistente qualquer fundamentação ou justificativa técnica para contratação de escritório para propositura da referida ação, a qual a própria estrutura jurídica da prefeitura poderia ter feito, por intermédio de seu Procurador-Geral.

Ocorre que, conforme restou demonstrado supra, o escritório de advocacia contratado não possuía a especialização desejada pela Lei de Licitações para justificar a contratação direta por inexigibilidade, nem o serviço prestado possuía qualquer característica de singular. Ao contrário, tratava-se de uma mera ação de cobrança cujo mérito já se encontrava amplamente discutido na jurisprudência pátria.

Sob pena de exaustão, deixa-se de repetir os argumentos já levantados nos itens anteriores, onde restou suficientemente demonstrado que a ação, para qual houve a contratação direta do escritório demandado sob o véu de inexigibilidade de licitação (não realizada) não guarda complexidade que justifique a contratação na exceção legal.

Dessa forma, ausente justificativa plausível, a contratação se configura como lesiva e com evidente desvio de finalidade, visto que objetivou apenas beneficiar o contratado em detrimento de vultosos recursos que deveriam ser destinados à educação, tornando a contratação nula.

Por fim, ainda que os requeridos aleguem em contestação que a contratação se justificaria, a ausência de fundamentação no momento da inexigibilidade torna o ato, e por consequência o contrato, nulo, não podendo essa grave omissão ser suprida posteriormente.

IV IRREGULARIDADES CONTRATUAIS – AUSÊNCIA DE CLÁUSULAS ESSENCIAIS AO CONTRATO ADMINISTRATIVO

As irregularidades encontradas vão além da contratação indevida por meio de inexigibilidade. O próprio contrato apresenta máculas que o torna nulo de pleno direito, em especial pela ausência de cláusulas essenciais. Na verdade, o contrato não guarda nenhuma característica de contrato administrativo, tratando-se de verdadeiro contrato particular de serviços advocatícios.

Isso porque, todo e qualquer contrato administrativo deve prever as

chamadas “cláusulas essenciais”, sem as quais o contrato é nulo de pleno direito. Entre as cláusulas, interessas-nos, em especial, as seguintes:

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;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

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

(...)

IX - os reconhecimentos dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

(...)

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

4.1. CONTRATO SEM VALOR DETERMINADO.

A partir de rápida análise do contrato em questão, constata-se que este não possui um valor certo, bem como nenhuma das demais disposições do inciso III do art. 55. Vejamos:

CLÁUSULA QUARTA – DOS HONORÁRIOS INICIAIS E DE ÊXITO

Em contraprestação aos seus serviços, a CONTRATADA perceberá remuneração honorária equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o benefício proporcionada ao CONTRATANTE, por força de decisão judicial.

Um contrato administrativo não pode ter um valor indeterminável no momento de sua celebração. A estipulação de cláusula “ad exitum”, determinando-se um percentual (20%) sobre eventual e incerto valor de condenação é uma afronta clara à

legislação vigente, sendo evidentemente nula e, por ser essencial ao contrato, torna-o nulo de pleno direito.

Da forma como foi redigido, o instrumento contratual não estipulou o valor da contratação, como também não estipulou as demais exigências previstas no inciso III citado.

Ao contrário dos contratos privados, onde há uma liberdade maior para elaborar cláusulas, nos contratos administrativos há exigência de uma estipulação clara e objetiva do valor do contrato, o qual tem que ser fixo e determinado. Estipulações em percentuais, dependentes de condições causais (como é a decisão judicial) não são válidas nos contratos administrativos e nem servem para fixar valor de contratação, por torná-los verdadeiros contratos de risco, algo inadmissível no direito público.

Analisando o caso concreto, constata-se que a estipulação da forma como foi feita não permitia sequer o empenho do valor para o pagamento, fase essencial da despesa pública, pois, no momento da celebração, o administrador não teria como estimar quanto seria devido, pois, caso julgada improcedente, em tese nada seria devido, mas, ainda que considerando o julgamento procedente, não seria possível definir com exatidão esse valor.

Por fim, essa cláusula contratual, que é comum nos instrumentos particulares, mas inadequada aos contratos públicos, impede que outros requisitos essenciais sejam observados, tais como 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, eis que todos esses itens são incertos no momento da avença.

Dessa forma, a cláusula de pagamento típica de contratos particulares não é compatível com um contrato que deveria ser público e respeitar as normas de direito público.

Dessa forma, por se mostrar incompatível com as normas de direito público a cláusula contratual relativo ao preço é nula e, por ser essencial, torna nulo o contrato em questão. Da mesma forma, por não constar do contrato administrativo as demais cláusulas essenciais previstas no inciso III, do art. 55 da Lei nº. 8.666/93, o contrato é nulo de pleno direito.

4.2. AUSÊNCIA DE PRAZO CONTRATUAL

Outra irregularidade explícita no contrato em questão é a ausência de vigência determinada do contrato, eis que, dentre as cláusulas essenciais a qualquer contrato administrativo está o prazo de duração que, conforme disposição legal, deve ser:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

Como se vê, a regra geral dos contratos administrativos é ter duração adstrita à vigência do crédito orçamentário. Ainda que se admitisse que o caso se enquadrasse no inciso II, haveria necessidade de prazo mínimo de vigência no contrato, bem como autorização formal e expressa para sucessivas prorrogações, o que, in casu, não ocorreu (ora, como prorrogar um prazo que sequer existe originalmente?).

Da análise do negócio celebrado entre o Município de Mulungu e o demandado, constata-se que se trata expressamente de contrato de vigência indeterminada, configurando evidente violação ao §3º, do art. 57 da Lei nº. 8.666/93:

§3º. É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

Ausente previsão de prazo contratual, que é, repita-se cláusula

essencial, o contrato se torna nulo de pleno direito, não podendo gerar qualquer efeito jurídico. Por fim, ainda que se admitisse a contratação na forma de prestação de serviços de forma continuada (inc. II), o contrato igualmente não teria mais validade, eis que, ante a inexistência de prazo original, restaria impossibilitada a prorrogação formal da vigência.

Ainda que tivesse existido, no caso, o prazo original e as sucessivas prorrogações, estas seriam limitadas a sessenta meses, o que implicaria, atualmente, na inevitável expiração do contrato, não podendo gerar efeito jurídico por mais essa razão.

4.3. AUSÊNCIA DE CRÉDITO PELO QUAL CORRERÁ A DESPESA

A partir de simples leitura do contrato, constata-se facilmente outra inobservância de requisito essencial, consistente na omissão quando à obrigação de indicar o crédito pelo qual correria a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica (art. 55, inc. V).

Essa cláusula existe justamente para evitar que a Administração assumira obrigação financeira sem a respectiva disponibilidade orçamentária. Ausente essa previsão, por expressa disposição legal, o contrato se torna nulo de pleno direito, não gerando nenhum efeito jurídico.

Sobre a essencialidade e a indispensabilidade dessa cláusula, o TCU, no Acórdão nº. 2622/2013, pronunciou-se da seguinte forma:

“A cláusula de despesa é item obrigatório do instrumento contratual e visa evitar a assinatura de contratos sem que haja previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações a serem executadas no exercício financeiro. Segundo a jurisprudência do TCU, a cláusula da despesa é indispensável nos contratos firmados pela Administração Pública e deve conter, necessariamente, o valor da despesa e a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica referentes ao crédito orçamentário pelo qual ocorrerá o dispêndio. (...) Assim, é irregular a inexistência de indicação do crédito que cobrirá as despesas contratuais, cláusula obrigatória dos contratos da Administração, o que configura descumprimento da exigência expressa da Lei 8.666/1993.” (TCU – AC-2622-15/13-2; Processo nº. 017.887/2011-9; SEGUNDA CÂMARA; Rel. Min. MARCOS BEMQUERER; Data da sessão: 14/05/2013).

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas de Minas Gerais8:

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

ENUNCIADO DE SÚMULA N. 23. A indicação da dotação orçamentária, que irá comportar os gastos públicos decorrentes da execução de convênios, contratos, acordos ou ajustes firmados pelo Estado, é exigência legal que não pode ser desprezada, uma vez que visa a demonstrar e promover, respectivamente, a existência e a reserva de recursos e acompanhar a execução do plano plurianual, o cumprimento das diretrizes orçamentárias, bem como do respectivo orçamento.

[Irregularidades contratuais. Ausência de classificação funcional programática e categoria econômica.] Em relação ao contrato, foi apontado que a sua cláusula quinta não indicou a classificação funcional programática e a categoria econômica que iria custear os gastos decorrentes da execução, em desacordo com o disposto no art. 55, V, da Lei Federal n. 8.666/93 e na Súmula n. 23 deste Tribunal. No silêncio do defendente em relação a esse apontamento, considero irregular a presente cláusula contratual, por infringir os dispositivos legais citados. [Processo Administrativo n. 702.593. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 25/05/2010]

[Previsão orçamentária do valor do contrato.] [...] a previsão orçamentária dos dispêndios que administra é requisito essencial à lisura e prudência de sua Administração. Sem tal denotação de crédito, o cidadão fica impossibilitado de conferir a retidão dos gastos públicos, o que é um direito constitucionalmente assegurado a todos, e fica a própria Administração à mercê dos efeitos nefastos de sua própria desorganização contábil. [Processo Administrativo n. 688.478. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 22/05/2007]

[Ausência de indicação dos recursos orçamentários.] [Não procede a] justificativa de que não houve indicação dos recursos orçamentários para pagamento da compra por esta ter sido à vista e ainda por se tratar de despesas extra-orçamentárias e com recursos vinculados a sua realização, [...] uma vez que o art. [14] [...] da Lei n. 8.666/93 é claro ao dizer que: 'nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento' [...]. [Licitação n. 24.013. Rel. Conselheiro José Ferraz. Sessão do dia 07/11/1996]

No caso em apreço, contudo, não se trata pura e simplesmente de ausência, no contrato, de cláusula essencial quanto à despesa, e sim da completa inexistência de dotação orçamentária para adimplemento do contrato, tanto que se teve de recorrer a um arranjo ilegal como a retenção de recursos do FPM para fins de garantia de obrigação

contratual, com clara extrapolação de atribuição do prefeito e sem autorização do Poder Legislativo, conforme será mais detalhado no tópico VI adiante.

4.4. NÃO VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

A vinculação ao instrumento convocatório é de vital importância, pois vincula tanto a administração quanto os administrados, de modo estrito, às normas e condições nele estipulados, as quais não podem ser descumpridas, garantindo, assim, a plena consecução da finalidade pretendida pela administração, com respeito aos princípios de direito público, como a transparência, a igualdade, a impessoalidade, a publicidade, a moralidade, a probidade administrativa e o julgamento objetivo.

No caso concreto, conforme já foi antecipado supra, sequer existiu procedimento formal de inexigibilidade de licitação que desse suporte à realização da contratação direta do escritório de advocacia, e, por consequência, tampouco pôde ser observado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹, trata-se de “princípio cuja inobservância enseja nulidade do procedimento”, sendo essa, de fato, a única consequência lógica e justa.

4.5. VERDADEIRO CONTRATO PARTICULAR DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS.

A simples leitura do contrato permite constatar que se trata inequivocamente de verdadeiro instrumento particular de prestação de serviços advocatícios, ferramenta que se mostra totalmente inadequada para vincular o poder público, consoante razões já exaustivamente declinadas acima.

Pelas características do contrato, pela sua forma de redação, timbre da empresa contratada, percebe-se que não estamos diante de um contrato administrativo elaborado pela Administração, com as cláusulas típicas e essenciais do contrato administrativo. Ao contrário, trata-se de um típico contrato particular, destinado a vincular particulares, inclusive redigido unilateralmente pelo próprio escritório contratado, uma espécie de contrato-formulário padrão.

Em suma: todas as cláusulas existentes no instrumento são aquelas típicas de contratos de prestação de serviços advocatícios entre particulares, em nada indicando que ali está presente um ente público da maior grandeza.

Sendo assim, considerando o contrato desde sua origem (contratação direta sem procedimento de inexigibilidade), seus efeitos até o seu pagamento, que está iminente, vê-se que não estão presentes as características e requisitos essenciais do contrato público, consistindo pura e simplesmente de contrato particular de prestação de serviços advocatícios, apto a vincular particulares, mas não o poder público, celebrado ilegalmente pelo Município de xxxxxxx/XX e o escritório de advocacia demandado.

Com efeito, compilando todas as razões acima, constata-se que o instrumento contratual celebrado entre o Município e o escritório de advocacia não tem características de contrato administrativo. Se tivesse, deveria observar os ditames da Lei nº. 8.666/93, ou seja, viger por prazo determinado, após o devido procedimento licitatório, com valor fixado e, principalmente, com as devidas justificativas de preços para eventual dispensa ou inexigibilidade de licitação. Insta ressaltar que o arcabouço jurídico pátrio, relativo às compras e contratações no âmbito da Administração Pública, prevê sempre a instauração de procedimento licitatório, como mais do que mera formalidade prevista em lei, sendo uma garantia de transparência e moralidade na gestão dos negócios públicos¹⁰.

Não que seja vedado à Administração Pública contratar a prestação de serviços advocatícios, desde que observadas as coordenadas legais exaustivamente mencionadas, como ressaltou o TCE/MS no seguinte julgado:

EMENTA LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS. EXECUÇÃO FINANCEIRA. EMPENHO. PAGAMENTO. REGULARIDADE. 1. Procedimento licitatório que atende os requisitos das leis 8.666/93 e 10.520/2002. 2. Contrato administrativo firmado em conformidade com os requisitos legais, contendo os elementos essenciais sobre o objeto, o prazo e vigência, a prorrogação, o valor pactuado, a forma de pagamento, o reajuste e a dotação orçamentária. 3. Execução financeira concluída em conformidade com as fases da despesa. Regularidade. DECISÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Conselheiros da 1ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, sob a Presidência do Senhor Conselheiro Ronaldo

Chadid, na Sessão Ordinária n. 12, de 12 de agosto de 2014, e em conformidade com a ata de julgamento, acordam em julgar REGULAR o procedimento licitatório, na modalidade Convite n. 06/2012, a formalização do contrato administrativo n. 06/2012 celebrado pela Câmara Municipal de Bonito e o escritório Raghiant & Medeiros Advogados Associados S/S, bem como de sua execução financeira. DISCUSSÃO: Nesta oportunidade ninguém fez uso da palavra; DECISÃO: Aprovado, por unanimidade, o relatório e voto do Conselheiro Relator. Participaram ainda deste julgamento os Conselheiros, Excelentíssimos Senhores José Ricardo Cabral e Waldir Neves Barbosa, bem como o Representante do Ministério Público de Contas, Procurador de Contas Dr. Terto de Moraes Valente. Publique-se. Campo Grande-MS, 12 de agosto de 2014. Ronaldo Chadid Conselheiro Relator. (TCE/MS – CONTRATO ADMINISTRATIVO: 232272012 MS 1270269; Cons. Rel. RONALDO CHADID; DJe de 25.09.2014).

Posto isso, conclui-se que o contrato em apreço é inevitavelmente incompatível com a legislação de licitações e contratos, impondo-se o reconhecimento de sua nulidade.

V IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO CONTRATUAL

5.1. VENCIMENTO DO CONTRATO E AUSÊNCIA DE RENOVAÇÃO

Conforme já antecipado, o presente contrato, descumprindo a legislação, não previu prazo de validade, o que é causa de nulidade. Entretanto, ainda que se admitisse que essa omissão não seria capaz de anular o contrato, este indiscutivelmente não teria mais validade e, por consequência, não geraria mais efeitos jurídicos, entre eles o dever de pagamento.

Com efeito, a Lei de Licitações, em seu art. 57, estipula que os contratos administrativos têm sua duração adstrita à vigência dos respectivos créditos

orçamentários, ou seja, com duração limitada a doze meses. Ainda que se tratasse da hipótese do inciso II, do art. 57 (“prestação de serviços a serem executados de forma contínua”), a qual admite prorrogação por iguais e sucessivos períodos, impõe-se o limite de sessenta meses, ocasionando a inevitável expiração do contrato em liça, firmado em 2006.

Além disso, para que tivesse havido a legal prorrogação da duração do contrato, seria necessário ato formal e justificado, o que evidentemente não ocorreu no caso, tendo em vista que sequer previu prazo original.

Sobre a possibilidade de contrato administrativo com prazo indeterminado, colaciona-se o seguinte precedente do TRF-2:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MPF. UNIRIO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE SUPLR E DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. ANTES DA LEI Nº 8.666/93. VIGÊNCIA. PRAZO INDETERMINADO. PRORROGAÇÃO IRREGULAR. NULIDADE. Ação Civil Pública na qual se postulou, dentre outros pedidos, a extinção de contrato de prestação de serviços de assistência médico-hospitalar e ambulatorial, aos servidores públicos da UNIRIO, celebrado em 1981 e cujo prazo de vigência era indeterminado. Com o advento da Lei nº 8.666/93, vedaram-se os contratos celebrados por tempo indeterminado, e aqueles celebrados antes da sua entrada em vigor deveriam se adequar aos requisitos previstos no seu artigo 121. No entanto, a UNIRIO ficou-se inerte e não procedeu à adaptação do contrato aos moldes da Lei nº 8.666/93. Assim, correta a sentença que declarou a inexistência de relação contratual entre a UNIRIO e a GOLDEN CROSS, no que tange à prestação de serviços de saúde suplementar. Por outro lado, deve ser parcialmente reformado julgado apenas para que a sucessão contratual dos usuários do plano subsista, até que a UNIRIO tome as providências necessárias ao cumprimento do disposto no artigo 230, § 3º da Lei nº 8.112/90 (seja celebrando convênio, seja instaurando novo procedimento licitatório para a contratação de empresa especializada na prestação dos referidos serviços). Rechaçadas as teses de ilegitimidade ativa do Parquet, de impossibilidade jurídica do pedido e de que o objeto da lide se trata de convênio, e não de contrato administrativo. Verba honorária afastada, por força do disposto no artigo 18 da Lei nº

7.347/85. Remessa necessária (conhecida de ofício) e apelo parcialmente providos. (TRF-2 – AC 201051010079364; Rel. Des. Fed. MARIA ALICE PAIM LYARD; Dje de 20/02/2013).

Sendo assim, o Ministério Público requer a devolução, com a devida correção dos valores pagos ao Escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados aos cofres do Município de Mulungu, bem como que o referido município aplique o dinheiro exclusivamente na manutenção e desenvolvimento da educação básica, apresentando em juízo, inclusive, o plano de investimento.

VI SUPERFATURAMENTO CONTRATUAL

Em se tratando de contratação pelo poder público, inexistente a liberdade típica das relações privadas, por motivos óbvios. A Lei nº. 8.666/93, além de outros princípios caros à Administração, visa proteger o erário, motivo pelo qual prevê diversas normas nesse sentido, dentre elas as que exigem que a contratação sempre seja feita pelo valor de mercado, exigindo a realização de cotação de preços previamente às contratações.

A necessidade de contratação por valores de mercado é uma regra aplicável mesmo às hipóteses de dispensa e de inexigibilidade. Na verdade, ela se mostra mais importante nesses casos, diante da inexistência de possibilidade de disputa entre concorrentes.

Sendo assim, o pagamento feito pelo poder público deve ser razoável e compatível com o serviço prestado, diante das circunstâncias e complexidade. Não o sendo, será o caso de aplicação do art. 25, §2º, da Lei nº. 8.666/93, respondendo solidariamente o agente público e o contratado.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Também já ficou demonstrado nesta peça que, apesar de ter havido, em tese, inexigibilidade de licitação, o serviço não apresentou nenhuma singularidade que a justificasse, tratando-se o serviço prestado pelos advogados contratados de mera substituição

de dados em uma petição padrão previamente produzida.

Em resumo, tratou-se de mera ação de cobrança que poderia ter sido proposta por qualquer profissional. Em relação aos profissionais e ao próprio escritório, não se vislumbra qualquer qualidade ou fama que os qualificasse como de notória especialização. A despeito disso, pretende-se o recebimento da absurda cifra de R\$ 1.985.450,92 (um milhão, novecentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta reais e noventa e dois centavos)

A complexidade de um trabalho jurídico não deve ser vislumbrada pelo valor da causa, e sim pela matéria em questão. Um parecer sem repercussão econômica pode ser muito mais complexo e demandar mais trabalho que uma mera e simples ação de cobrança, como no caso. Sendo assim, por esse motivo, além dos acima expostos, a contratação de serviços de advocacia não pode ser feita com base em percentual de eventual condenação.

No caso em questão a tese restou comprovada, pois não é nada menos que absurdo o poder público remunerar um escritório de advocacia por uma simples causa de cobrança, sem qualquer complexidade quanto ao mérito e nenhuma necessidade de dilação probatória, o vultoso e desarrazoado valor acima referido, especialmente considerando a destinação originária desse dinheiro, que é a educação, e a leviandade do ato do prefeito, que, sem autorização do Legislativo, dispôs indevidamente de larga fatia dos recursos que seriam destinados ao município.

É certo que, no livre exercício da profissão, os advogados podem acordar com o cliente o pagamento de honorários, instituídos com a finalidade de contraprestação pelos serviços desempenhados. É esse o sentido da Lei nº. 8.906/94 quando dispõe sobre o tema em análise. Essa pactuação é livre, insere-se na autonomia da vontade das partes, no âmbito privado, ou seja, na relação entre particulares, não podendo ser compreendida da mesma maneira quando a parte representada for o poder público, por incompatibilidade com a legislação correlata.

Ainda que se reconheça como devido o pagamento, até mesmo nas relações privadas tende-se a reconhecer a imoderação no recebimento de honorários contratuais, quando se mostram exagerados em relação ao trabalho empregado, conforme exemplifica este julgado do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB no Estado de São Paulo:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PRETENSÃO DE COBRANÇA DE 30%

“2018 – 30 anos da Constituição Cidadã: o Ministério Público na construção da democracia.”

SOBRE O VALOR A SER RECEBIDO PELO CLIENTE - CONTRATAÇÃO"AD EXITUM"- IMODERAÇÃO. Deve o advogado, ainda que na contratação"ad exitum", levar em conta o trabalho a ser efetuado, a sua complexidade, o tempo necessário, a possibilidade de atuar em outras ações, razão pela qual é exagerada a cobrança de 30% sobre o valor a ser recebido pelo cliente, vez que a ação judicial para tal finalidade é extremamente simples e, muito embora os honorários sucumbenciais sejam excluídos dos contratados, haverá recebimento imoderado. Proc. E.2.831/03 - v.m. em 16/10/03 do parecer e ementa da Rel.^a Dr.^a ROSELI PRÍNCIPE THOMÉ - Rev. Dr. JOSÉ ROBERTO BOTTINO, contra o voto do Dr. OSMAR DE PAULA CONCEIÇÃO JÚNIOR - Presidente Dr. ROBISON BARONI.

Eventual argumento de que o valor contratual se adéqua à Tabela da OAB não tem sentido em se tratando de contrato administrativo. Como visto, o Estatuto da OAB visa a regular a relação entre advogados e clientes particulares, não tendo aplicação irrestrita em face do poder público.

VII. DA IRREGULAR CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO MESMO EM CASO DE FALTA DE PROCURADORIA JURÍDICA MUNICIPAL – a orientação exemplar do TCE/TO

Vários pequenos municípios ainda não estruturaram suas Procuradorias. Todos possuem, sem dúvida, o cargo preenchido de Procurador-Geral e não duvidamos da capacidade técnica do profissional à frente de tais misteres nesta urbe. Ocorre que o gestor precisa, mesmo com poucos recursos, profissionalizar sua máquina administrativa. Uma Procuradoria precisa de cargos efetivos em número adequado para os trabalhos que a população exige, espera e remunera. Chega às raias da improbidade conformar-se o Gestor Municipal com o atraso de sua administração. Isto ocorre quando existe apenas um cargo de Procurador Geral e contrata-se, em paralelo, uma série de “assessorias” ou “consultorias” que prestam o mesmo serviço que dois ou três procuradores efetivos prestariam.

Pela excelente técnica e objetividade, tomamos como padrão a Recomendação nº 415-2011, do C. Tribunal de Contas do Estado de Tocantins¹¹ (anexa) e

que didaticamente resume a melhor orientação em Direito Administrativo:

“9.40 Assim, com as considerações supra, acolhendo em parte o posicionamento exarado no parecer nº2526/2010 (fls. 16/34) do Ministério Público junto a este TCE, com as adaptações julgadas necessárias, VOTO para que este Tribunal de Contas decida no sentido de:

9.41 Conhecer da presente consulta formulada pela Prefeitura do Município de Aliança do Tocantins, por seu representante Senhor José Rodrigues da Silva, por preencher os pressupostos legais de admissibilidade definidos no artigo 150 e seguintes do RITCE;

9.42 Responder ao Prefeito de Aliança do Tocantins sobre os quesitos apresentados da seguinte forma:

9.42.1 Há amparo legal para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de assessoramento atinente à área tributária, visando estudos e consultoria para a constituição e cobrança de créditos desde que devidamente justificada para atender serviços que não possam ser realizados pela assessoria jurídica do órgão, dada a sua complexidade (objeto singular).

9.42.2 A licitação poderá ser dispensada ou inexigível, caso sejam atendidos os requisitos insertos, respectivamente, no inciso II do art. 24 ou no inciso II, combinado com o § 1º do artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93. Havendo contratação direta deverá ser observado o disposto no art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93, principalmente no que concerne à justificativa de preços, assim como a inexigibilidade, por notória especialização, dar-se-á tão-somente em circunstâncias excepcionais de inviabilidade de competição para atender a específicos serviços (administrativo ou judicial) e para objetos singulares que não possam ser realizados pela assessoria jurídica dada a sua complexidade e especificidade, jamais em situações rotineiras e duradouras. Os serviços jurídicos ordinários da Prefeitura (apreciação de atos, processos, procedimentos e contratos administrativos, projetos de lei, defesa do município judicial e extrajudicial incluindo a cobrança da dívida ativa) não constituem serviços singulares ou que exijam notória especialização que autorize a contratação por inexigibilidade de licitação.

9.42.3 Quando se tratar de atividade de caráter permanente, como os de assessoria jurídica incluindo cobrança da dívida ativa, funções típicas da Administração Pública, é recomendável que sejam criados cargos efetivos no quadro de pessoal do Município, a serem preenchidos mediante concurso público, ou comissionados, de livre nomeação e exoneração. Contudo, deve-se atentar para o cumprimento do preceito

constitucional inscrito no art. 37, inciso V, da Constituição Federal, segundo o qual os cargos em comissão são destinados exclusivamente ao desempenho de funções de direção, chefia e assessoramento da correspondente unidade da estrutura organizacional (Procuradoria, Departamento Jurídico ou denominações equivalentes), devendo ser criados e extintos por Lei local, na quantidade necessária ao cumprimento das funções institucionais do Órgão, limitados ao mínimo possível, evitando-se a criação desmensurada e sem critérios técnicos, obedecendo-se também aos limites de gastos com pessoal previstos pela Lei Complementar nº101/00. Se a demanda de serviços não exigir tal estrutura, pode ser criado cargo em comissão de assessor jurídico, de livre nomeação e exoneração.

9.42.4 Inviabilizada a atuação da assessoria própria, ou para suprir falta transitória de titular de cargo, ou ainda ante a necessidade de criação do cargo ou de ampliação do quadro de profissionais, até que haja o devido e regular provimento, em caráter excepcional e demonstrada a urgência, é admissível a contratação de advogados para atuação em substituição temporária para atender aos serviços jurídicos de natureza ordinária do ente, órgão ou entidade, mediante justificativa circunstanciada consignando as razões para a contratação de serviços jurídicos externos de profissional ou escritório de advocacia, podendo ser exigida especialização na matéria como condição de habilitação e contratação, observadas as normas da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações, que poderá ser viabilizada conforme as seguintes hipóteses:

a) contratação de profissional em caráter temporário, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal;

b) mediante processo licitatório, nas modalidades previstas em lei, com seleção da melhor proposta, salvo nos casos de dispensa previstos nos incisos II e IV do art. 24 da Lei Federal nº8.666/93, atendidos aos requisitos do art. 26 daquele diploma legal, cujo contrato deverá especificar direitos e obrigações e responsabilidades do contratado, a carga horária e horário de expediente, prazo da contratação e o valor mensal do contrato, observada a compatibilidade com a jornada de trabalho e o valor de mercado regional;

c) por meio de credenciamento de profissionais ou escritório de advocacia, aberto ao universo dos interessados, que atendam aos requisitos de habilitação definidos no edital do credenciamento, com definição, pela contratante, da retribuição pecuniária pelos serviços, hipótese em que fica caracterizada a inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição (art. 25, caput, da Lei Federal nº 8.666/93), porquanto esta configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão;

d) Licitação para a contratação de serviços de cobrança da dívida ativa por instituições financeiras, nos termos da Resolução nº33/2006 do Senado Federal,

publicada no Diário Oficial da União de 14 de julho de 2006.

9.42.5 Embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal.

9.42.6 Na hipótese de opção pelo credenciamento de advogados que formarão a rede de cobranças, deve ser observado que, para a regularidade da contratação direta, é indispensável a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;

9.42.7 O contrato a ser firmado com o profissional do Direito deverá estabelecer valor fixo, não podendo 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 haja qualquer dispêndio de valor com a contratação, sendo a remuneração do contrato exclusivamente proveniente dos honorários de sucumbência devidos pelo contratado, salvo se a Administração firmar contrato de risco puro, onde não haja qualquer dispêndio de valor com a contratação, sendo a remuneração do contrato exclusivamente proveniente dos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados pelo Juízo na sentença condenatória.”

Como visto, uma razoabilíssima “receita de bolo” que mesmo o gestor do mais humilde município pode seguir. Que seja humilde, mas que saiba agigantar-se em dignidade e serviço!

VIII. DA TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR

Conforme já exaustivamente detalhado, a União foi condenada a fixar o valor mínimo nacional por aluno nos moldes aqui preconizados e a pagar as diferenças daí decorrentes, o que resultou na obrigação de pagar ao Município de xxxxxx/XX.

Diante do ilegal contrato particular de prestação de serviços apresentados pelo escritório de advocacia, reservou-se do valor da condenação do importe incontroverso a quantia de R\$ 6.563.453,47 (seis milhões, quinhentos e cinquenta e três reais e quarenta e sete centavos) para pagamentos de honorários contratuais.

A decisão nos autos do processo nº 001.690-52.2006.4.05.8100, o Juízo da 10ª Vara Federal, situada na Cidade de Fortaleza, deferiu o pedido de liberação dos

honorários advocatícios contratuais no importe acima citado, já tendo o Escritório Monteiro e Monteiro Advogados recebido, indevidamente, os vultosos valores.

Desta forma, imprescindível a concessão de tutela de urgência, nos termos do art. 300 do CPC:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Segundo o novo CPC, para concessão da medida faz-se necessário a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Ambos estão evidentemente presentes.

Na espécie, como os requerentes já tenham recebidos os valores dos Precatórios do Fundef, concebe-se a real possibilidade de que vultosa quantia destinada exclusivamente à educação possa, sofrendo desvio de finalidade, diante do já pagamento do recorte determinado a título de honorários advocatícios. A materialidade resta bem evidenciada com a importância correspondente ao destaque, no valor de R\$ 6.563.453,47 (seis milhões, quinhentos e cinquenta e três reais e quarenta e sete centavos), o que já configurara considerável perda nos investimentos em educação do município de xxxxxx/XX. Além disso, como os valores já foram disponibilizados aos requerentes, maior é a urgência, sob pena, com o decorrer do tempo, da impossibilidade de ressarcimento do dano à educação pública municipal.

A relevância dos fatos noticiados também se faz presente, haja vista que já houve o pagamento de honorários advocatícios imoderados em prejuízo do dinheiro da educação, tendo em vista que a ação de cobrança ajuizada em face da União não guardou complexidade que justificasse pagamento nessa monta, bem como limitou-se a reafirmar o

que determina a Constituição Federal, a lei específica do FUNDEF/FUNDEB, a jurisprudência já pacífica do STJ e demais tribunais pátrios.

Em suma, o contrato foi celebrado de forma ilegal, sem observar procedimento formal de inexigibilidade de licitação, além de não atender aos requisitos legais para contratação por meio de inexigibilidade. Além disso, como visto, o contrato apresenta diversas ilegalidades causadoras de nulidades, pelos motivos já exaustivamente expostos. Ocorreram, ainda, irregularidades na execução do contrato. Todos os argumentos acima são mais que suficientes para demonstrar que o pagamento em decorrência do contrato é plenamente ilegal.

Por fim, como já houve o pagamento aos demandados, possível dano já houve à educação pública municipal, mas nada obsta que os valores possam ser ressarcidos, caso contrário, tornaria inútil o processo, pois este visa justamente evitar o prejuízo ao erário municipal e federal.

Ante o exposto, requer-se, a título de tutela de urgência de natureza cautelar, que sejam suspensos todos os efeitos do “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE ENTRE SI CELEBRAM, DE UM LADO O MUNICÍPIO DE MULUNGU E DO OUTRO LADO MONTEIRO E MONTEIRO ADVOGADOS ASSOCIADOS” e, por consequência, sejam os valores destacados no precatório PRC 14358-CE, autos nº 0010690-52.2006.4.05.8100, restituídos ao Município de Mulungu pelos beneficiários Escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados e seus Sócios, no importe de R\$ 1.985.450,92 (um milhão, novecentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta reais e noventa e dois centavos) – devendo juntar aos autos o necessário comprovante de transferência bancária ou depósito no prazo de 10 (dez) dias.

IX DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ requer:

- a) o deferimento da tutela de urgência nos termos do tópico VIII;
- b) a intimação do Município de xxxxx/XX para, querendo, integrar a lide no pólo ativo da demanda, em concordando com o pedido, na forma da LACP.
- c) a citação dos réus para, querendo, apresentarem contestação;

d) no mérito, requer:

1) a confirmação da tutela, de forma a que seja o Escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados obrigado a devolver os valores recebidos a título de honorários ao Município de Mulungu com a devida correção monetária, sob pena de bloqueio de contas da pessoa jurídica do Escritório e de seus sócios/promovidos, solidariamente, via BACENJUD, tão logo transcorrido o prazo judicialmente determinado para adimplemento voluntário, uma vez que:

1.1 evidente é superfaturamento do serviço em virtude do valor que se pretende pagar, que se mostra desarrazoado e desproporcional em relação ao trabalho efetivamente desempenhado no interesse do município, sendo o caso de nulidade do contrato;

1.2. o evidente desvio de finalidade na contratação, tornando-a ilegal;

1.3. a ausência de valor determinado no contrato, o que torna a contratação ilegal por ser cláusula essencial;

1.4. Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, em 14/10/2018, que os recursos da educação básica, a serem repassados a municípios a partir de uma decisão judicial para a qual não cabem mais recursos, não podem ser destinados ao pagamento de honorários de advogados. O relator do Processo 080205113.2016.4.05.000 é o Min. OG Fernandes da Segunda Turma, e por sete votos a um, a Primeira Seção do STJ entendeu que esse dinheiro do antigo Fundef – hoje Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb)- tem natureza constitucional e, portanto, não pode sofrer um desconto para que parte seja destinada a bancas de advocacia contratadas para destravar os recursos. A finalidade deve ser exclusivamente para educação básica.” (fato notório e noticiado no portal do próprio STJ e na imprensa nacional)

1.5. Nulidade do contrato, haurido de inexistente e apenas declarada “inexigibilidade de licitação” - cabalmente incabível e ilegal caso existisse.

2) seja reconhecida a vinculação dos recursos do FUNDEF/FUNDEB, ainda que obtidos por meio de decisão judicial e pagos por precatório, à sua destinação constitucional original, que é a educação, e, portanto, seja o Município obrigado a aplicá-los

exclusivamente na educação, e por consequência, impedido de pagar o escritório de advocacia demandado por meio desses recursos obtidos, inclusive por meio de reserva de precatório futuro.

3) sejam declaradas as nulidades do exaustivamente contraditado contrato de prestação de serviços de Assessoria Jurídica (ou seja, advocatícios) mantidos com o escritório privado MONTEIRO E MONTEIRO e respectivos sócios, pelos fundamentos antes expendidos.

4) sejam anulados quaisquer contratos de prestação de serviços advocatícios e mandatos/procurações outorgados(as) para atuação em processos judiciais que de qualquer forma tenham o presente objeto de execução e pagamento de diferenças das verbas de complementação do FUNDEF pela União e também os que eventualmente tenham sido outorgados diretamente sem prévio procedimento licitatório ou de dispensa/inexigibilidade – em razão de afronta aos princípios constitucionais relativos à administração pública, em especial aos princípios da moralidade administrativa, da obrigatoriedade da licitação, da economicidade e da eficiência, nos termos dos arts. 37, XXI, e 60 do ADCT da CF/1988 e dos arts. 5º, 6º, VIII, 25, II e 55, III e V, da Lei nº 8.666/1993;

5) seja anulado especificamente o contrato decorrente entre os promovidos Município e Escritório (constante dos anexos e juntado pelos mesmos nos autos da ação na Justiça Federal) – pois írrito e sem justa causa, haja vista ser incabível a inexigibilidade e pelo procedimento desta sequer existir na realidade fática.

6) seja determinado ao município o envio aos autos de cópias de todos os instrumentos procuratórios a qualquer momento outorgados de maneira direta, sem a existência de procedimento licitatório, de dispensa ou de inexigibilidade ou cujos procedimentos hajam sido instaurados posteriormente ao início da respectiva ação judicial que tenha como objeto a obtenção das diferenças referentes ao FUNDEF/FUDEB – movidas na Justiça Federal;

5) determinado ao Município que sejam doravante quaisquer ações judiciais com o objeto do ressarcimento de verbas do FUNDEF acompanhadas e promovidas com exclusividade pela Procuradoria-Geral do Município e, em caso de sua inexistência, que haja licitação regular e ampla, na modalidade Concorrência, para a contratação de escritório, vedada a inexigibilidade ou dispensa, necessariamente prevendo a remuneração do futuro contratado na forma de honorários sucumbenciais, relativos ao efetivo trabalho dispendido,

vedados honorários contratuais calculados em percentual do valor da causa e necessariamente pagos via Tesouro e, finalmente, vedada a vinculação ao numerário oriundo do FUNDEF;

6) em caso de inexistência de Procuradoria, na forma do subitem “5” supra, que seja determinado ao município que officie ao Juízo Federal, perante o qual tramita(m) ação(ões) intentada(s) pelo respectivo Município com o objeto ora tratado, informando que passará a ser representado judicialmente e para todos os efeitos, por sua Procuradoria ou pelo Escritório a ser futura e regularmente contratado após o procedimento licitatório pertinente e não mais por qualquer escritório privado de advocacia adremente contratado;

7) determinado ao Município informar se já retirou o numerário do precatório(s) referente(s) às diferenças da complementação do FUNDEF ora tratadas, e, em caso afirmativo, que remeta a cópia do respectivo Termo ou Extrato;

8) determinado ao Município que, caso tenha havido o pagamento do precatório, comprove perante o Juízo (permitindo o controle social e pelo Ministério Público) a destinação dada aos recursos, informando se foram depositados em conta específica e fornecendo os dados da mesma, a fim de garantir a rastreabilidade e o controle público desses recursos – conforme orientação normativa do C. TCU;

9) determinar ao Município que sejam os recursos do FUNDEF, na totalidade, empregados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu magistério, consoante o disciplinado na Constituição Federal e na Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional);

10) determinado ao Município, em prazo razoável fixado pelo douto Juízo e para garantia do objetivo do subitem anterior, que seja elaborado e remetido aos autos e publicado no portal do Município na internet, um plano de investimento para os valores obtidos com a(s) ação(ões) judicial(is) com o objeto ora referido, garantindo e publicizando seu integral emprego nos termos da legislação;

11) determinado ao Município que, caso tenha ocorrido a aplicação de tais recursos em fins diversos ao previsto na legislação de regência, seja recomposta a conta do FUNDEF do Município, inclusive para pagamento de honorários advocatícios eventualmente destacados de precatórios;

12) determinado ao Município que doravante adote a orientação exposta na anexa Resolução n.º 415/2011 do TCE/TO nas contratações de serviços jurídicos para a constituição e cobrança de créditos da fazenda pública.

13) determinado ao Município que atualize as informações versadas acerca das contratações e de suas anulações no Portal das Licitações dos Municípios, junto ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará – conforme a legislação em vigor, prestigiando-se o Princípio Constitucional da Publicidade.

14) apenas ad argumentandum tantum, caso considere o Douto Juízo pertinente de que parte do dinheiro do Precatório do FUNDEF (em contrariedade à posição do pleno do E. STJ) seja realmente para ao pagamento dos honorários advocatícios, requer subsidiariamente, que seja reduzido o valor devido a título de honorários contratuais a um patamar compatível e justo com o trabalho efetivamente prestado no interesse do município, sem levar em consideração apenas o valor da causa, e que da mesma forma acima, haja a devolução da diferença dos valores pagos ao Escritório Monteiro e Monteiro Advogados e Associados

Dá-se a causa o valor de R\$ R\$ 6.563.453,47 (seis milhões, quinhentos e cinquenta e três reais e quarenta e sete centavos)

Em cumprimento ao art. 319 do CPC, informa que pretende produzir outras provas além das documentais que acompanham a inicial e que não necessita da realização de audiência de conciliação, por se tratar de direito não transacional.

xxxxxxxx, xx de xxxxxxxx de 2018.

**Promotor de Justiça
em respondência**