

RECOMENDAÇÃO Nº 005/2017

Dirigida aos Promotores de Justiça com atuação na defesa do Direito à Educação e/ou na Defesa do Patrimônio Público, para que efetivem as ações necessárias no sentido 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 da educação.

A PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, no desempenho de suas atribuições institucionais, especialmente aquelas conferidas pelo art. 129, II da Constituição Federal e art. 15, inciso XIII da Lei Complementar Estadual nº 11/96, e,

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. 72, inciso I, da Lei Complementar nº. 11/96);

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 cabe ao Procurador-Geral de Justiça expedir recomendações, sem caráter vinculativo, aos órgãos do Ministério Público, para o desempenho de suas funções (art. 15, inciso XII, LCE 11/96);

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

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, nos termos do art. 37 da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que a Administração Pública deve, na aquisição de bens e serviços, observar e seguir os ditames da Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações);

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 que a Lei n. 9.424/96, que regulamentou o art. 60 do ADCT, definiu 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 à finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, mesmo em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso*";

CONSIDERANDO que diversos municípios baianos, conforme representações dirigidas a este Ministério Público, firmaram contratos com advogados e escritórios de advocacia, mediante processo de inexigibilidade de licitação não identificado, 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 9.424/96);

CONSIDERANDO que no julgamento da questão pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp n. 1.105.015/BA, decidiu no 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;

CONSIDERANDO que 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, também foi reconhecida no julgamento da Ação Civil Pública n.º 1999.61.00.050616-0 movida pelo MPF perante a 19ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, que transitou em julgado em 2015;

CONSIDERANDO que inúmeros municípios baianos ajuizaram tão somente ações de cumprimento de sentença do julgado na ACP acima referenciada, cuja execução já teria sido iniciada pelo Ministério Público Federal de São Paulo;

CONSIDERANDO que, no âmbito do Estado da Bahia, inúmeros contratos para recuperação de tais créditos, estão escudados em suposta "inexigibilidade de licitação", os quais, em razão da liminar concedida pelo TRF de São Paulo, determinando a suspensão das execuções atinentes à sentença proferida na supramencionada ACP, tem sido objeto de suspensão de seus cursos, de declinatória *fori* e em alguns casos de homologação de desistência;

CONSIDERANDO que as contratações em epígrafe envolveriam milhões de reais, pois trazem como previsão de pagamento pela prestação dos serviços, a título *ad exitum*, o valor de honorários em quantia correspondente ao percentual do montante auferido com a execução do objeto do contrato a ser pago no momento em que o Município perceber o crédito, situação a incorrer tripla ilegalidade, precisamente, a primeira, relativa à contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, contrariando a regra de realização de concurso público para admissão 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, no pertinente 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 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 no tocante às referenciadas ações de cumprimento, cujas desistências já foram consumadas, os Municípios podem ter arcado ou virão a arcar com despesas pelos serviços advocatícios, não singulares, a despeito das contratações, via inexigibilidade licitatória, para tratar de matéria exclusivamente de direito e da ausência de complexidade dessas demandas, circunstância que de todo modo poderá resultar em dano ao erário e ao patrimônio educacional dos estudantes e da sociedade se as eventuais despesas forem deduzidas dos recursos do FUNDEF;

CONSIDERANDO que destinar recursos públicos ao pagamento de serviços de advocacia, sem o devido processo licitatório, ou seja, sem a necessária competitividade que garanta a higidez do preço pactuado, notadamente quando se trata de verba vinculada à Educação, sem laivo de dúvida malhere os postulados legais e constitucionais acima explicitados;

CONSIDERANDO a decisão emanada do Egrégio Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, que acolhendo Medida Cautelar intentada pelo Ministério Público de Contas, expediu a Resolução nº 1.346/2016, estabelecendo parâmetros sobre a contabilização e aplicação dos créditos decorrentes de precatórios, oriundos de diferenças das transferências do FUNDEF;

CONSIDERANDO que dentre outros comandos, a Corte de Contas dispôs no parágrafo 2º, do seu artigo 1º, que *"Em decorrência da utilização vinculada à educação, não se admite, a qualquer título, a cessão dos créditos de precatório, nem sua utilização para o pagamento de honorários advocatícios, inclusive na hipótese dos contratos celebrados para propositura e acompanhamento da ação judicial visando obter os respectivos créditos, ressalvadas decisões judiciais em contrário, transitadas em julgado."*

CONSIDERANDO, igualmente, que o Tribunal de Contas da União, através do Acórdão nº 1.824/17, entendeu ser ilícita a utilização dos recursos obtidos através dos precatórios para remunerar escritórios de advocacia;

CONSIDERANDO que a Controladoria Geral da União, no exame de matéria idêntica envolvendo Municípios do Maranhão, emitiu a Nota Técnica nº 430/2017/NAE/MA, onde também aponta diversas irregularidades na contratação dos escritórios de advocacia para a recuperação dos valores do VMAA, concluindo 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 nº 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"*;

CONSIDERANDO a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, através da Ministra Cármen Lúcia, nos autos da Suspensão de Liminar nº 1.107/PA, a qual, referenciando acerca das despesas com honorários advocatícios em processo para reaver diferença de verba do FUNDEF, vaticinou que as transferências efetuadas pela União a esse título não se prestam ao pagamento de dívida estranha à manutenção do desenvolvimento do ensino para a educação básica;

CONSIDERANDO que Municípios baianos também ajuizaram Ações de Conhecimento para obtenção de diferenças do FUNDEF, igualmente norteados na forma do cálculo estabelecido no VMMA, havendo elementos informativos de que alguns destes entes federativos já receberam tais recursos, resultando

daí a necessidade e importância de o Ministério Público acompanhar e ter ciência acerca da aplicação correta e legal dos montantes correspondentes;

RESOLVE:

RECOMENDAR aos membros do Ministério Público do Estado da Bahia, com atribuição na defesa do direito fundamental à Educação e na defesa do Patrimônio Público, que adotem, *isolada ou conjuntamente, no que couber*, sem caráter vinculativo, as medidas concretas e eficientes, de natureza judicial e extrajudicial, as quais *poderão ser realizadas em atuação conjunta com o Ministério Público Federal, quando e se for o caso*, com escopo de velarem pelo estrito cumprimento das disposições constitucionais e infraconstitucionais que dispõem sobre a correta aplicação dos recursos da educação, notadamente:

1. Instauração de procedimento apropriado para verificar a legalidade dos atos praticados pelos gestores com o fim de contratação, antiga ou recente, de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de licitação, visando o ajuizamento de medida contra a UNIÃO para o recebimento de diferenças de verbas oriundas do FUNDEF em razão da subestimação do valor mínimo anual por aluno (VMAA);

1.1. De igual modo, para apurar a prática de ato por improbidade administrativa do gestor nas situações em que os municípios tenham destinado ou venham a destinar recursos do erário vinculados à educação, para o pagamento de serviços de advocacia nas hipóteses antes retratadas, inclusive nos casos de desistência dos feitos.

1.2. De igual maneira, objetivando o acompanhamento da aplicação dos recursos oriundos das mencionadas diferenças repassadas ou em vias de repasses pela União aos municípios mediante Precatórios;

2. Expedição de Recomendação aos Gestores Municipais e aos respectivos Secretários de Educação no sentido de anular contratos referentes a serviços jurídicos nas situações anteriormente tratadas; que se abstenham de contratar tais serviços advocatícios, mormente por inexigibilidade de licitação ; que mantenham em conta específica as verbas recebidas ou a receber a esse título, bem como elaborem planos para aplicação dos multimencionados recursos, exclusivamente no financiamento da educação básica;

3. Celebração de TAC nas hipóteses em que os Municípios já receberam os valores da diferença do FUNDEF ou estejam na iminência de recebê-los, a fim de garantir que esses recursos sejam depositados em conta específica, e a sua aplicação destinada exclusivamente na manutenção e desenvolvimento da educação básica dessas Comunas;

4. Ajuizamento de ação civil pública, em sendo esta a providência reclamada, para anular ou fazer cessar efeitos de medidas lesivas ao patrimônio público e ao patrimônio educacional dos estudantes, advindas das correspondentes relações contratuais ilícitas, bem assim em razão de eventual destinação dos aludidos recursos em desconformidade com as normas de regência.

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA, 18 de dezembro de 2017.



EDIENE SANTOS LOUSADO
Procuradora-Geral de Justiça